

ARISTIDES RENGEL ROMBERG
PROFESOR TITULAR DE DERECHO PROCESAL CIVIL
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA Y DE
LA UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
MIEMBRO DE LA COMISION REDACTORA DEL NUEVO
CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1987

TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL VENEZOLANO

(Según el Nuevo Código de 1987)



VOLUMEN I

EDITORIAL EX LIBRIS
Caracas 1991

LIBRO PRIMERO

TEORIA GENERAL DEL PROCESO

TITULO I

NOCIONES PRELIMINARES

CAPITULO I

EL DERECHO PROCESAL CIVIL

CAPITULO II

LA JURISDICCION

CAPITULO III

LA ACCION

CAPITULO IV

EL PROCESO

CAPITULO V

LA LEY PROCESAL

TITULO II

LOS SUJETOS DEL PROCESO

CAPITULO I

EL ORGANO JURISDICCIONAL

CAPITULO II

LA COMPETENCIA DEL JUEZ

CAPITULO III

DETERMINACION DE LA COMPETENCIA POR LA MATERIA Y POR EL VALOR

CAPITULO IV

DETERMINACION DE LA COMPETENCIA POR EL TERRITORIO

CAPITULO V

MODIFICACIONES DE LA COMPETENCIA POR RAZONES DE CONEXION Y DE CONTINENCIA

CAPITULO VI

LA COMPETENCIA PROCESAL INTERNACIONAL

CAPITULO VII

REGULACION DE LA JURISDICCION Y REGULACION DE LA COMPETENCIA

CAPITULO VIII

LA COMPETENCIA SUBJETIVA (INHIBICION Y RECUSACION)

CAPITULO IX

EL SECRETARIO Y EL ALGUACIL

INDICE POR ARTICULOS DEL CODIGO[1]

1. Los números romanos indican el Tomo y los arábigos, el número del Indice Sumario en el cual se cita el artículo. Ejemplo: Art. 69: I, 107, 109; II, 172; indica que del Art. 69 se trata en el Tomo I en los números 107 y 109 y en el Tomo II, en el número 172.

CAPITULO I

EL DERECHO PROCESAL CIVIL

SUMARIO

1. Los orígenes: La praxis y la exégesis. 2. El nacimiento de la escuela científica alemana. 3. La escuela sistemática italiana. 4. La recepción de las nuevas doctrinas en España. 5. El estado de los estudios procesales en Francia. 6. La recepción en América Latina: A) Brasil. B) Zona del Río de la Plata. C) Venezuela. D). Colombia. E) Guatemala. F) México. 7. Fundamentación científica del Derecho Procesal Civil. 8. Concepto del Derecho Procesal Civil. 9. Naturaleza jurídica y caracteres del Derecho Procesal Civil. 10. Fuentes del Derecho Procesal Civil.

1. *Los orígenes: la praxis y la exégesis*

Los estudios procesales estuvieron en decadencia durante un largo período histórico que, abarcando la Edad Media, se prolongó hasta mediados del siglo XIX.

Durante todos estos siglos dominó exclusivamente la preocupación por el mero aspecto exterior y la descripción del fenómeno procesal; el simple manejo de los plazos, de las formas y sus aplicaciones prácticas, a tal punto que se llamaron "Prácticas" las obras y escritos que se dedicaban a tales estudios.

Chiovenda nos recuerda las vivas y significativas protestas del gran jurista lombardo Alciato, cuando le fue atribuida la paternidad de una obra aparecida bajo el título de "Compendium Processus Iudiciarii", no sólo por la atribución que se le hacía de una obra que no era suya, sino principalmente por la atribución de tal obra[1].

Con ese desdén se miraba entonces al estudio del procedimiento, considerado completamente extraño a la misión de un jurista; como la simple aplicación práctica de reglas técnicas, en su estrechísimo sentido de práctica judicial; y "prácticos" se llamaron entonces a los versados en esa técnica, llamados también "tinterillos" por la sátira de otras épocas.

1. CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Trad. esp. de SENTIS y MELENDO. EJEA, Buenos Aires. 1949. Vol. I, p. 5.

No tuvieron los "prácticos" la preocupación científica de penetrar los nexos ocultos del proceso, y toda la teoría del procedimiento se elaboró con los esquemas conceptuales del Derecho Civil, tan en boga en aquella época por el renacimiento de los estudios romanistas.

La mera exégesis de las normas y reglas de procedimiento constituyó por varios siglos el método de estudio y de enseñanza de esta materia, y se llamó "Escuela exegética" a la que hizo suya la exposición descriptiva de las reglas de procedimiento.

Fueron eminentes representantes de esta escuela, entre otros: Borsari, Ricci, Gargiulo, Marghieri y Mattirollo en Italia; Caravantes, Ortiz de Zúñiga, Gómez de la Serna, Reus y Manresa Navarro en España; Garsonnet, Cezar Bru, Glasson et Tisier en Francia; Gallinal en el Uruguay; Manuel Antonio de Castro y Salvador de la Colina en Argentina; Manuel Mendes de Castro y Augusto Teixeira de Freites en el Brasil; Sanojo, Feo, Borjas, Marcano Rodríguez, Pineda León y Brice en Venezuela.

2. *El nacimiento de la escuela científica alemana*

En la segunda mitad del siglo XIX comenzó a producirse en Alemania un cambio de dirección en los estudios procesales, con las investigaciones de Bernardo Windscheid, Teodoro Muther, Oscar von Bülow, José Kohler, Adolfo Wach y otros juristas alemanes de ese siglo.

La obra de Windscheid sobre la "actio" del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual, aparecida en 1856 y la polémica que provocó Muther con la crítica que hizo a este libro en su trabajo sobre la doctrina de la "litis-contestatio" y de la sucesión singular de las obligaciones, aparecido en 1857, que provocó la réplica de Windscheid ese mismo año, abrieron nuevos horizontes en el estudio del Derecho Procesal científico, y provocaron la revisión de los conceptos recibidos de la Edad Media y la creación de nuevas categorías dogmáticas para esa ciencia[2].

Si bien aquel libro de Windscheid no fue definitivo para la

2. Los mencionados trabajos de WINDSCHEID y MUTHER se encuentran recogidos con una magistral introducción de PUGLIESE en el volumen titulado la Polémica in torno all'Actio, de la Editorial Sansoni de Firenze. Año 1954, traducción italiana de HEINITZ y PUGLIESE.

claridad de las ideas en torno a la acción, sí tuvo el mérito –en opinión de Chiovenda– de aclarar la insuficiencia de las anteriores determinaciones de la acción y, sobre todo, consiguió aislar uno de los elementos de estas determinaciones, esto es, el mismo derecho subjetivo. Windscheid negó la existencia de otro elemento y sostuvo que no podría persuadir a un profano de que en las litis se trata la cuestión de si existe un derecho de accionar más bien que la cuestión de si existe un derecho[3].

En cambio, Muther, investigando el elemento negado por Windscheid, llegó a concebir la acción como un derecho frente al Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales; como un derecho a la fórmula, en el Derecho Romano, o como un derecho a la tutela jurídica para nosotros, concepción que más tarde va a desarrollar y completar Adolfo Wach.

Posteriormente, Bülow, en 1868, con su libro "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales", fue el primero en dar una fundamentación dogmática a la nueva ciencia del proceso civil, con la teoría de que el proceso es una relación jurídica procesal, y con la distinción por él formulada entre excepciones dilatorias y presupuestos procesales[4].

Después Kohler contribuyó al desarrollo y difusión de aquella doctrina con sus numerosos escritos procesales, y Adolfo Wach, en 1885, inicia con la aparición del primer volumen de su inconclusa obra Manual de Derecho Procesal Civil Alemán, un amplio desarrollo sistemático general de la materia, utilizando el mismo método iniciado por Bülow, afirmándose así la existencia de una verdadera ciencia autónoma del Derecho Procesal Civil.

3. Cfr. CHIOVENDA, Ensayos cit. Vol. I, p. 10.
4. Los primeros Capítulos de esta obra fundamental comenzaron a aparecer traducidos por ROSAS LICHTSCHEIN, Miguel Angel, en los números 4, 5 y 6 del Boletín del Instituto de Derecho Procesal, de Santa Fe, República Argentina, en los años 1952, 1953 y 1954, lamentablemente interrumpida. En esos pocos capítulos publicados, que tratan de la teoría del proceso como relación jurídica entre el Tribunal y las partes; de las condiciones para la constitución de la relación procesal, y de la necesidad de abandonar la doctrina tradicional que comprende y examina los presupuestos procesales en la teoría de las excepciones dilatorias, se ubica ya al Derecho Procesal Civil en el campo del Derecho Público, con todas las consecuencias que derivan de su emplazamiento en este campo del Derecho. Hay una traducción completa de esta obra, realizada por el mismo ROSAS LICHTSCHEIN, editada por EJEA en Buenos Aires en 1964 para la Colección "Clásicos del Derecho Procesal" dirigida por SENTIS MELENDO.

"El derecho –dijo entonces Wach– es creación histórica, y toda dogmática jurídica que considere el derecho vigente en sí y por sí, desvinculado de la historia, es anticientífica".

Había nacido ya una nueva escuela procesal, la escuela sistemática alemana que, superando a la vieja escuela exegética elevó a rango científico los estudios procesales, inaugurando el nuevo método histórico-sistemático, y dejando de lado la mera consideración del procedimiento, para construir el nuevo Derecho Procesal Civil, emancipado del Derecho Privado, del cual había vivido de prestado hasta entonces.

Se trata ahora de la acción como un derecho autónomo, distinto del derecho subjetivo material, y Wach la concibe como "la pretensión de la tutela jurídica", que no es una función del derecho subjetivo, sino el medio que permite hacer valer el derecho, pero no es el derecho mismo. Se abandona el concepto civilista o privatista que caracterizaba al proceso como un contrato o cuasicontrato y se lo define como una relación jurídica procesal, pública y autónoma, distinta de la relación sustancial que se hace valer en el proceso.

Para la ciencia del proceso –nos dice Couture–, la disociación del derecho y de la acción, es algo semejante a lo que ha representado para la física la disociación del átomo. Transformada la acción en un derecho autónomo, no sólo se consagra su separación, sino la autonomía de toda esta rama del derecho, llamado Derecho Procesal[5].

Formaron parte también de esta escuela y contribuyeron a su desarrollo otros juristas alemanes de ese siglo, entre los cuales se destacan Hellmann, Planck, Engelmann, Schmidt, Hellwig y Stein, y en este siglo Kisch, Goldschmidt, Rosenberg y Schönke, siendo estos últimos los más familiares a nosotros por las traducciones españolas de sus obras fundamentales.

Desde 1879 esta escuela alemana contó con un órgano de expresión y difusión que fue la famosa Revista de Derecho Procesal Civil Alemán, la cual con algunas interrupciones ha

5. Cfr. COUTURE, *Introducción al estudio del proceso civil*. Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 12.

llevado el mensaje de la nueva escuela a los más diversos países de Europa y América, y todavía se publica en nuestros días.

3. *La escuela sistemática italiana*

Este movimiento científico alemán se extiende rápidamente en el continente europeo, y es recibido en Italia a comienzos de este siglo por el fundador de la nueva escuela procesal italiana, el maestro Giuseppe Chiovenda.

Si bien la nueva escuela alemana fue objeto de una amplia recepción por parte de los juristas italianos de comienzos de este siglo, puede decirse que sobre todo uno de aquéllos, Adolfo Wach, ejerció preponderante influjo sobre el pensamiento de Chiovenda, a tal punto que éste, en un recordatorio de Wach ante la noticia de su muerte, ocurrida el 4 de abril de 1926, se declara discípulo del aquel genial maestro a quien no conoció sino por sus libros, y lo considera después de Vittorio Scialoja, "el segundo formador de su pensamiento científico"[6].

Al momento de iniciarse la renovación de los estudios procesales en Italia, dominaba el campo en estos estudios Luigi Mattirolo, cuyo "Trattato di Diritto Guidiziario Civile" puede considerarse la obra representativa de la vieja escuela exegética italiana. No se encuentra en ella ninguna original investigación histórica; ningún intento de revisión y de construcción de los conceptos fundamentales; ninguna noticia de la literatura procesal alemana, que ya desde hacía cincuenta años había dado obras procesales fundamentales.

Fueron Antonio Castellari y Lodovico Mortara los que iniciaron la reacción contra aquella inercia, a tal punto que el propio Chiovenda considera que "sin la obra poderosa, demoledora y reconstructiva de Lodovico Mortara, los que han venido después no habrían podido hacer nada para el progreso de esta disciplina"[7].

En su monumental obra "Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile", constante de cinco densos volúme-

6. Cfr. CHIOVENDA, Adolfo Wach, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*. 1926, Parte I, p. 366. Hay traducción española en los Ensayos citados, Vol. I, p. 419.
7. Cfr. CHIOVENDA, Lodovico Mortara, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*. 1937. Parte I, pp. 100-102. Hay traducción española en los Ensayos citados. Vol. I, p. 435.

nes, Mortara inicia la reconstrucción de la doctrina de las relaciones entre la jurisdicción, la legislación y la administración, y coloca al proceso civil en su exacta luz de instituto de derecho público, afirmándose así como un verdadero precursor en Italia de la nueva escuela sistemática que reconoce en Giuseppe Chiovenda al maestro y fundador.

Las famosas prolusiones de Chiovenda "Romanismo y Germanismo en el proceso civil", admirable síntesis de la historia del proceso civil, leída en la Universidad de Parma el 5 de diciembre de 1901, y "La acción en el sistema de los derechos", leída en la Universidad de Bolonia el 3 de febrero de 1903, constituyen los manifiestos fundamentales de la nueva escuela italiana de Derecho Procesal, por la profundidad de la investigación histórica, la originalidad de las concepciones sostenidas y la pureza del método histórico-sistemático, no ensayado en Italia hasta entonces[8].

La escuela italiana se desarrolla y avanza con sorprendente profundidad y rapidez, a tal punto que los "Principios de Derecho Procesal Civil", obra fundamental de Chiovenda, aparecida en 1923, y luego sus "Instituciones de Derecho Procesal Civil", aparecida en 1934, son consideradas como una superación de la ciencia alemana que les dio su inspiración.

Se realiza así en Italia, por obra principalmente de Chiovenda y sus seguidores, el tránsito admirable del período de los comentarios exegéticos, al período verdaderamente científico de la teoría general del proceso de conocimiento, que inició Chiovenda, entre los cuales encontramos, como puente de paso de la exégesis al sistema, a Lodovico Mortara, que representa, en opinión de Carnelutti, un período intermedio de las teorías particulares, precursor de la nueva escuela.

Los temas de la autonomía de la acción, el valor de la cosa juzgada, la naturaleza de la sentencia, la concepción del proceso como relación jurídica, el fin público del proceso y de la jurisdicción, son nuevos puntos de partida desde los cuales el fenómeno procesal es considerado por la nueva escuela y que anteriormente no habían despertado el interés de los exégetas italianos.

8. Ambos estudios aparecen publicados en Ensayos, citados, Vol. I, p. 3 y sigtes. y pp. 301 y siguientes.

En torno a Chiovenda, ora continuando sus enseñanzas, ora apartándose sensiblemente de ellas, se agruparon todos los procesalistas italianos de su época que contribuyeron a la formación y perfeccionamiento de la Escuela Sistemática de Derecho Procesal Civil.

Con Cernelutti y Calamandrei fundó Chiovenda en 1924 la famosa "Rivista di Diritto Processuale Civile", de la cual más tarde se hicieron co-directores Andrioli, Liebman y Micheli. La revista mantiene hasta nuestros días la jerarquía científica que le imprimieron sus fundadores, no obstante las sensibles desapariciones de Chiovenda en 1937, de Calamandrei en 1956, de Carnelutti en 1965, de Micheli en 1979 y de Liebman en 1985.

La escuela italiana de Derecho Procesal continuó su desarrollo. La aparición de las "Lezioni di Diritto Processuale Civile" de Carnelutti, en 1922, y después la de su "Sistema di Diritto Processuale Civile", en 1936, seguidas por la "Teoría Generale del Diritto", en 1940, y las "Istituzioni del nuovo Processo Civile italiano", en 1941, forman el ciclo de sus obras generales sobre el proceso civil, con las cuales ha llevado la ciencia procesal italiana más allá de los límites en que la había colocado Chiovenda, porque Carnelutti explora zonas del proceso, como la relativa a la ejecución forzada, que antes de él sólo había sido bosquejada por Chiovenda.

Con Carnelutti, pues, la doctrina italiana va más allá de la teoría general del proceso de conocimiento en que se detuvo Chiovenda, para llegar a la teoría general del proceso, ampliando así cada vez más la base de esta ciencia, en la cual Carnelutti combina siempre, según la metodología que él sigue en todas sus obras, la observación inmediata de los fenómenos con la abstracción de los conceptos[9].

9. Un examen crítico de los resultados de los estudios sobre el proceso civil en Italia, ha sido hecho por el propio CARNELUTTI en su escrito: *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, en *Foro Italiano*, 1939. Parte IV. Col. 73 y ss., en el cual examina la parte que él mismo ha tenido en dichos resultados. Es de valor excepcional, también, su obra *Metodología del Diritto*. Cedam. Padova, 1939. Hay traducción española de ANGEL OSORIO. Uteha. México. 1940. Sobre el tema es indispensable también CALAMANDREI, *Los estudios de Derecho Procesal en Italia*, en *Studi sul processo civile*. Cedam. Padova. 1947. Vol. V. y en *Breviario de Derecho*, dirigido por SENTIS MELENDO, Buenos Aires, Vol. 26, pp. 21 y ss. Una admirable síntesis de la escuela italiana de derecho y de la procesal en particular, ha sido hecha por COUTURE en el Prólogo a la edición española de las *Providencias Cautelares*, de CALAMANDREI, traducida por SENTIS MELENDO. Buenos Aires. 1945.

Hasta fines del siglo pasado, la ciencia alemana estaba a la cabeza de los estudios procesales, por la autoridad de los estudiosos y la riqueza de los tratados y revistas, pero actualmente se reconoce que la preeminencia en este campo de los estudios jurídicos ha pasado a Italia, y los propios juristas alemanes de este siglo aceptan que en el peor de los supuestos, los italianos no están en inferioridad frente a nadie[10].

4. *La recepción de las nuevas doctrinas en España*

Las nuevas doctrinas alemanas e italianas de Derecho Procesal Civil fueron recibidas con gran provecho en España.

En un comienzo, que abarca todo el período que va desde el advenimiento de la República hasta el inicio de la guerra civil, se desarrolla en España solamente una labor de difusión de aquellas doctrinas con las traducciones de las obras fundamentales de Chiovenda, de Kish y de Goldschmidt, que realizan allí Casais Santaló, Puente Quijano, Gómez Orbaneja y Prieto Castro.

Apenas algunos manuales dedicados a la enseñanza universitaria y un escaso número de estudios y monografías, dan cuenta del inicio de una tímida recepción de las doctrinas italianas, entre los cuales se mencionan a Miguel y Romero, con sus "Principios del moderno Derecho Procesal Civil" (1931), y de "Derecho Procesal teórico" (1934); a Beceña, con su trabajo "Sobre la instancia única o doble en materia civil", en Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933; Gómez Orbaneja, "Las teorías de la cosa juzgada" (1931); los compendios de Beceña y de López Rey, publicados en el volumen "Espagne" de la serie "La vie juridique des peuples" (París, 1934), y otros artículos de revistas y monografías de Prieto Castro y de Silva Melero, de la misma época[11].

Si bien hasta nuestros días no puede hablarse de una escuela española de Derecho Procesal, sí puede mencionarse un grupo de estudiosos de esta ciencia, de gran autoridad dentro y fuera de España, tales como Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Prieto Castro, De la Plaza, Guasp, Xirau, Fairén Guillén y De Miguel y Alonso, Aragoneses, Serra Domínguez, Montero Aroca, Ramos Méndez, Almagro Nosete y otros que siguen la orientación y el método de las escuelas alemana e italiana, y han llevado los estudios sobre el proceso civil a un nivel científico muy distante de las viejas concepciones de Reus, Caravantes y Manresa-Navarro, comentadores de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

Así, el volumen de "Estudios de Derecho Procesal", de Alcalá-Zamora, que recoge sus artículos publicados en diversas revistas durante los años 1929 a 1934; sus "Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional", que recoge los artículos y conferencias de los años 1936 a 1943; su contribución al estudio de los fines del proceso, con su famoso libro "Procesos, Autocomposición y Autodefensa", publicado en México en el año 1947; el "Derecho Procesal Civil" y el "Manual de Derecho Procesal Civil", de Prieto Castro; el "Derecho Procesal Civil Español" de Manuel de la Plaza; el "Derecho Procesal Civil" de Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada; la "Técnica Procesal" y las "Instituciones de Derecho Procesal Penal", de Pedro Aragoneses; los "Estudios de Derecho Procesal Civil" y los "Temas de Ordenamiento Procesal" de Víctor Fairen Guillén; los "Estudios de Derecho Procesal" de Manuel Serra Domínguez; el "Derecho Procesal Práctico" de Mauro Miguel y Romero y Carlos de Miguel y Alonso; el "Derecho Procesal Civil", el "Derecho y Proceso" y el "Derecho Procesal" (Guía para el estudio y trabajo científico y profesional), de Francisco Ramos Méndez; la "In-

10. Al poco tiempo de publicado el nuevo Código de Procedimiento Civil italiano, en 1940, comenzaron a aparecer los más variados comentarios y exposiciones institucionales del nuevo proceso civil, que se fueron multiplicando con el tiempo, hasta ofrecernos hoy un conjunto realmente notable de obras referidas al nuevo código, entre las cuales merecen mencionarse: Giuseppe NAPPI, *Commentario al Codice di procedura civile* (1941). Andrea LUGO y Mario BERRI, *Codice di procedura civile, ilustrato con i lavori preparatori e con note di commento* (1941). CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo Codice* (1941). CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* (1941). ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile* (1941). ZANZUCHI, *Il nuovo Diritto Processuale Civile* (1942). JAEGER, *Diritto Processuale Civile secondo i nuovi codici* (1942). SATTA, *Guida pratica per il nuovo processo civile italiano* (1941). RENDENTI, *Diritto Processuale Civile* (1952). D'ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di procedura civile* (1941). COSTA, *Manuale di Dirito Procesuale Civile* (1955). LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile* (1955). MICHELI, *Corso di Diritto Processuale Civile* (1959), todos los cuales muestran el grado de madurez y perfección alcanzados por la ciencia procesal italiana de nuestros días.

11. Un panorama de la situación de los estudios procesales en la España de entonces, puede verse en ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Il diritto processuale in Spagna dall'avvento della Republica all'inizio della guerra civile*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, Parte I, p. 138.

Es notable la significación que tuvo en su tiempo en dicho país la obra del procesalista Paul Batista, cuyo libro "Compendio de Teoría e Prática do Processo Civil", publicado en Recife, en el año 1855, para uso de las Facultades de Derecho del Imperio, es considerada una joya de la literatura jurídica brasilera.

Paula Batista se reveló en su época como un precursor que, anticipándose a los demás en casi medio siglo, reunió, ordenó y sistematizó los elementos para la revisión científica del Derecho Procesal Civil brasilero[15].

En casi todos los aspectos fundamentales del proceso civil, cuya revisión iniciaron las escuelas alemana e italiana, este Maestro de Pernambuco había ofrecido ya su propia concepción científica. Se adelantó a la polémica en torno a la acción, y la definió como un derecho abstracto, como "el derecho de invocar la autoridad pública (juez) y de obrar regularmente ante ella para obtener justicia". Coherente con este concepto, concibió también la "excepción" como "la acción del reo, contrapuesta a la del actor", y llegó así a la consideración de que el proceso está formado por dos relaciones jurídicas: una de actor a juez, denominada simplemente acción, y otra de reo a juez, denominada simplemente excepción.

Asimismo, mientras la concepción liberal, dominante en casi todo el siglo pasado, concebía al proceso como un instrumento de actuación de derechos subjetivos privados y, por tanto, de intereses individuales extraños al Estado, Paula Batista lo concibió como una institución de derecho público, y propugnó la ampliación de los poderes del juez para que pudiera proceder a realizar cualquier acto o diligencia tendente a esclarecer su conciencia antes de juzgar, y para abreviar las demandas, no consintiendo en dilaciones maliciosas.

Ciertamente, Paula Batista, como dice Buzaid, fue en su tiempo un procesalista americano digno de codearse con los mayores que en Europa llevaron a efecto, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, la revisión científica del Derecho Procesal Civil[16].

15. Cfr. BUZAID, Alfredo, *Paula Batista (Atualidade de un Velho processualista)*, en *Revista Forense*. Río de Janeiro, año 1951, pp. 331 y ss.
16. Cfr. BUZAID, ob. cit. p. 343.

Esta dirección científica que imprimió Paula Batista a la enseñanza y al estudio e investigación del proceso civil, fue continuada después de él y se proyectó además al campo de la reforma del Código de Procedimiento, y el Brasil se coloca así a la cabeza de los países latinoamericanos al sancionar en 1940 el "Código de Processo Civil", el primero en América inspirado en las nuevas corrientes procesales científicas"[17].

La redacción de este código, inspirado por el Profesor Francisco Campos, entonces Ministro de Justicia, fue encomendada al doctor Pedro Baptista Martins, quien logró en él adaptar a las tradiciones locales las tendencias más modernas del derecho procesal civil europeo.

A Baptista Martins se debe un valioso comentario a la primera parte del código que comprende los tres primeros volúmenes del gran Comentario al código, editado por la Revista Forense en colaboración con otros procesalistas brasileros, entre los cuales figuran Camara Leat y Hugo Simas.

En torno al código de 1940 florecieron en Brasil los comentarios y tratados institucionales de un rigor científico y una profundidad de conceptos realmente notables. Bastaría para hacer honor a la ciencia procesal brasilera, la sola mención de los "Comentarios ao Código de Processo Civil", de Pontes de Miranda, en seis volúmenes, editados por Revista Forense de Río de Janeiro entre 1947 y 1949.

El "Diccionario de Processo Civil", del doctor Eliezer Rosa, juez en el Distrito Federal, editado en Río en 1957. Las Instituções de Direito Processual Civil", de Gabriel José Federico Márquez, en cinco volúmenes, editado en Río por Revista Forense en 1958. El "Curso di Direito Processual Civil", de Gabriel José Rodríguez de Rezende Filho, profesor en São Paulo, dos volúmenes editados por Saravia, en 1959. Y los trabajos de excepcional calidad científica de Alfredo Buzaid, "Ação Declaratoria no Direito Brasileiro"; de Luiz Machado Guimaraes, "Carencia de Ação y Límites objetivos do Recurso de Apelação"; de López Da Costa, Amaral Santos, Moniz de Aragão y otros que revelan la existencia de una doctrina

17. Una valiosa reseña de este código fue hecha por LIEBMAN, *Il nuovo "Código de Proceso Civil" Brasiliano*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, año 1942, I, p. 59.

procesal brasilera rica en las tradiciones jurídicas locales y en la recepción de las modernas corrientes científicas europeas.

Hoy, Brasil cuenta con un novísimo "Código de Processo Civil" sancionado por Ley Nº 5.869 del 11 de enero de 1973, en vigencia desde el 1º de enero de 1974, obra del eminente procesalista brasilero, profesor Alfredo Buzaid, ex-Ministro de Justicia y Magistrado del Tribunal Supremo de la Nación. El nuevo código tiene ya, entre otras, una colección de comentarios publicada por la *Editora Forense,* siendo autores de los diversos volúmenes los procesalistas Marcos Alfonso Borges, Jacy de Assis, Ernane Fidelis dos Santos, Wellington Moreira Pimentel, Humberto Theodoro Junior, José Carlos Barbosa Moreira, Mendoça Lina, Sergio Bermudes, Celso Neves y Amilcar de Castro; la monumental obra de Pontes de Miranda: "Comentarios ao Código de Processo Civil" (de 1973); y las de Arruda Alvim, "Código de Processo Civil comentado"; y de Sergio Sahione Fadel, "Código de Processo Civil comentado"; el "Manual de Direito Processual Civil" de Arruda Alvim; el "Direito Processual Civil brasileiro" de Vicente Greco Filho; el "Direito Processual Civil", de Ada Pellegrini Grinover; "O Novo Processo Civil Brasileiro" del Profesor José Carlos Barbosa Moreira, que ya ha alcanzado la 6ª Edición de *Forense* en 1984, y sus "Temas de Direito Processual" cuya 3ª edición de Saravia es también del año 1984; y numerosos estudios particulares sobre el nuevo código, que siguen demostrando la riqueza de la doctrina brasilera y su importante contribución a la ciencia procesal.

B) Zona del Río de la Plata

Un florecimiento importante ha tenido la recepción de la doctrina italiana de derecho procesal civil en Argentina y en Uruguay. Estos dos países han seguido una evolución paralela en esta materia, y en cierto modo unificada, a tal punto que se les considera formando la misma región conocida como Zona del Río de la Plata por su afinidad cultural y jurídica. La recepción se inicia en Argentina con Tomás Jofré, quien publicó su "Manual de Procedimiento" en el año 1919 y enseñaba en la Universidad las nuevas doctrinas procesales. Jofré es considerado como el primer divulgador de Chiovenda en

Argentina, de tal modo que, como afirma Sentis Melendo, el derecho procesal argentino no tiene explicación sin Jofré[18].

Pero fueron Hugo Alsina, Eduardo J. Couture, David Lascano y J. Ramiro Podetti los que llevaron en forma definitiva los estudios procesales en esa parte de América, de la etapa procedimentalista al verdadero procesalismo científico. Así, el "Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", de Alsina, cuya primera edición apareció en 1941; el libro "Jurisdicción y Competencia", de David Lascano, aparecido en el mismo año 1941; la "Teoría y Técnica del Proceso Civil", de Podetti, publicado en 1942, y los "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", de Couture, cuya primera edición es de 1942, continúan siendo los más grandes exponentes de la ciencia procesal en el Río de la Plata.

La floración de las nuevas corrientes procesales encontró en Argentina un vehículo de difusión y de investigación en la Revista de Derecho Procesal, fundada por Hugo Alsina, quien fue su Director, y Santiago Sentis Melendo, su Secretario de Redacción, en 1943. Esta revista se propuso no solamente reflejar el estado de la materia procesal en aquel país y en aquella zona, sino además encauzar las nuevas corrientes científicas por la vía más conveniente para su desarrollo, y conjugar la tradición jurídica del país, rica y jugosa, con la nueva ciencia, aplicando los métodos modernos para conseguir nuevos ordenamientos[19].

La revista canalizó también la idea reformista de las leyes procesales, que comenzó a tomar calor en América con el modelo del nuevo Código de Procedimiento Civil italiano, fruto de la nueva ciencia italiana de derecho procesal. Pueden mencionarse como esfuerzos de la mayor jerarquía en este campo el Proyecto de Lascano, publicado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata,

18. Para toda esta evolución, véase al magnífico trabajo de SENTIS MELENDO, *Visión panorámica del Derecho Procesal Civil argentino,* en su libro *Teoría y Práctica del Proceso,* Vol. I, p. 25. Cfr. también ALSINA, Hugo, *Influencia de las doctrinas de Chiovenda sobre los estudios procesales en la República Argentina,* en *Revista de Derecho Procesal,* Buenos Aires, 1947, I, p. 317, Cfr. PODETTI, El Fundador del Derecho Procesal argentino, Dr. Tomás Jofré. Mendoza, 1937.
19. Cfr. *Revista de Derecho Procesal,* Año 1943, Parte I, Presentación. La revista tuvo un éxito sin precedentes en América y lamentablemente interrumpió su publicación en el año 1955, sin haberse reanudado hasta el presente.

en 1935[20]; el Proyecto de Couture, publicado en 1945 para el Uruguay[21]; el Anteproyecto de Código Procesal Civil, de Ricardo Reimundín, redactado por encargo del Poder Ejecutivo para la provincia de Salta, publicado en 1947[22]; y el Proyecto de Podetti para la Capital Federal (Proyecto del Poder Ejecutivo), considerado el más original de los proyectos argentinos.

Fallecidos de 1950 a esta parte Lascano, Podetti, Couture, Alsina, Mercader y Sentis Melendo, sus doctrinas siguen inspirando a los procesalistas de América y el trabajo por la divulgación y superación de esta ciencia no se ha detenido. En el Uruguay, los profesores Adolfo Gelsi Bidar, Enrique Vescovi, Luis Toriello, Barrios de Angelis, Chao Laurenti, Patrón y otros, continuaron en la cátedra las enseñanzas de la doctrina científica del proceso civil y sus aportes e investigaciones doctrinales; y en Argentina a los anteriores trabajos de Sentis Melendo, Mercader, Ayarragaray, Oderico, Reimundín, Carli, Ibáñez Froncham, Imaz y otros se suman los más recientes de los profesores Lino Enrique Palacio, Augusto Mario Morello, Fernando de la Rúa, Julio Maier, Adolfo Alvarado Velloso, Eduardo Lucio Vallejo, Víctor Guerrero Laconte y otros que enriquecen la literatura procesal argentina.

En la etapa actual puede afirmarse que la recepción de las doctrinas italianas se ha cumplido plenamente en la Zona del Río de la Plata, pero sin haber culminado todavía su evolución en la creación de una escuela procesal rioplatense, como han sostenido algunos. Sin embargo, un rasgo muy característico de la doctrina procesal de esta parte de América se encuentra en la obra de Couture, especialmente en sus "Fundamentos", considerada la obra más notable de la literatura procesal latinoamericana, por el cuidado que pone en ella de relacionar los institutos del proceso con sus presupuestos político-constitucionales, lo que le ha permitido concebir la acción como una figura particular del derecho cívico de petición, y a la excepción como el derecho de defenderse en juicio

20. Cfr. La exposición de motivos y el texto íntegro del Proyecto pueden verse en *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires, año 1954, Parte II, pp. 119-323.
21. Cfr. COUTURE, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil, con Exposición de Motivos*, Depalma, Buenos Aires, 1945.
22. La edición oficial fue hecha por los Talleres Gráficos "San Martín", de Rómulo D'Uva. Salta, 1947.

y por ello, también está, como un derecho cívico paralelo a la acción; y en general, concebir el Código de Procedimiento Civil, como "la ley reglamentaria de la garantía de justicia contenida en la Constitución".

En esta dirección, pues, la obra de Couture va más allá de la doctrina procesal a la cual debe su formación científica, y abre la vía para investigaciones más fructíferas en el campo del proceso, al entroncar los institutos procesales fundamentales en el ámbito de las garantías constitucionales de proceso civil.

Dos importantes contribuciones de los estudiosos de esta zona del Río de la Plata a la unificación legislativa procesal, se deben, en Argentina, al profesor Jorge A. Clariá-Olmedo, con sus "Bases Completas para orientar en Latinoamérica la Unificación Legislativa en materia procesal penal", publicadas por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) en 1978 con el apoyo moral y económico de la Organización de los Estados Americanos (OEA); y en Uruguay, a los profesores Enrique Vescovi y Adolfo Gelsi Bidart, con sus "Bases para orientar en Latinoamérica la Unificación Legislativa en materia procesal civil" (Parte General).

Ambas bases fueron ampliamente consideradas en las VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en la ciudad de Guatemala del 8 al 14 de noviembre de 1981, bajo la Presidencia del ilustre procesalista guatemalteco doctor Mario Aguirre Godoy. La consideración de las Bases se continuó en las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en la ciudad de Quito (Ecuador) del 24 al 29 de octubre de 1982, en la cual se resolvió: 1.– Que la Comisión integrada por los profesores Enrique Vescovi, Adolfo Gelsi Bidart y Luis Torello Giordano, formulen el proyecto definitivo de Código de Procedimiento Civil Tipo para Iberoamérica, con la colaboración de la Comisión Revisora formada por los profesores Hernando Devis Echandía, Olympo de Castro Filho y Carlos de Miguel y Alonso. 2.– Que la Comisión compuesta por los profesores Víctor Fairen Guillén, Fernando de la Rúa, Julio Maier, José Federico Márquez y Bernardo Gaitán Mahecha, redacten el proyecto definitivo del Código de Procedimiento Penal Tipo para Iberoamérica, con la colaboración de los profesores Ada Pelligrini Grinover (Brasil), Jaime Bernal Cuéllar (Colombia) y José Vicente

Gimeno Sendra (España). Cfr. *Memoria de las VII Jornadas Ibero-americanas de Derecho Procesal*. Guatemala. 1982. Cfr. *Memoria de las VIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Tomo I y II. Quito. República del Ecuador. 1983. Publicación de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador. Ambas comisiones presentaron los Anteproyectos en las XI Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal celebradas en Río de Janeiro del 22 al 27 de mayo de 1988. La Secretaría General del Instituto ha dado a publicidad el texto del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, su Exposición de Motivos y los antecedentes históricos de este trabajo.

C) Venezuela

En Venezuela la recepción de las doctrinas procesales europeas, comienza con Luis Loreto, quien en 1932 funda con el doctor Amenodoro Rangel Lamus en el Táchira, una revista titulada *Gaceta Jurídica Trimestral*.

Esta revista, cuya accidentada vida no pasó más allá de 1935, conquistó rápidamente, con sus escasos números, una jerarquía científica excepcional para entonces en Venezuela. Su concepción tipográfica, al estilo de las grandes revistas jurídicas europeas; la esmerada ordenación de su contenido; las profundas notas y comentarios a las sentencias nacionales y extranjeras que ofrecía; las recensiones bibliográficas de obras europeas y americanas y la erudición con que Loreto trataba en ella los temas escogidos, le dieron pronto gran nombre nacional e internacional a la *Gaceta*.

En todas sus monografías y escritos procesales, Loreto aplica siempre el método histórico-sistemático de la nueva escuela procesal, destacando que la exégesis tradicional de los textos no puede alcanzar el verdadero sentido y la razón misma de las instituciones que comentan.

Son modelos de este método científico, entre otros, su "Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad", considerado por Alcalá Zamora y Castillo "uno de los tres o cuatro mejores trabajos que haya producido el procesalismo científico de lengua española"[23].

23. Cfr. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Acerca de la falta de cualidad de los litigantes*, en *Cultura Jurídica*. Caracas, año II, 1942, Nº 5, p. 22.

De igual rango científico al anterior es también su trabajo de la misma época sobre "La sentencia constitutiva", en el cual, después de estudiar a fondo las tres categorías fundamentales de sentencias clasificadas por las más recientes investigaciones sistemáticas del proceso y de las formas de actuación de la ley, concluye afirmando la existencia en nuestro ordenamiento jurídico positivo de sentencias que tienen un contenido típicamente constitutivo, "en cuanto tales sentencias, en vez de limitarse a declarar puramente las relaciones jurídicas preexistentes, las crean, modifican o extinguen".

Asimismo, sus trabajos sobre "La sentencia de declaración de simple o mera certeza", en honor de Hugo Alsina[24]; "El principio de que las partes están a derecho en el proceso civil venezolano", en honor de Carnelutti[25]; su "Cita de saneamiento y de garantía", en honor de Calamandrei[26]; y "La acción y el proceso de filiación natural en el derecho venezolano", en honor de James Goldschmidt[27], son algunos de los trabajos de Loreto en los cuales el dominio completo que acredita de antecedentes y bibliografías revelan una amplia comprensión y asimilación de las doctrinas procesales modernas, aplicadas con método científico a la realidad procesal positiva venezolana.

Muchos de sus trabajos se encuentran reunidos en el volumen de "Estudios de Derecho Procesal Civil", editado bajo los auspicios de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela[28].

De esta colección de estudios ha dicho Carnelutti en una nota bibliográfica: "Recuerdo que Couture, tan querido, tan vivo y tan trágicamente desaparecido, la primera vez que lo conocí en Montevideo, trazándome un panorama de la cultura latinoamericana de derecho procesal, me señaló en Luis Loreto una de las figuras más interesantes. Yo no tuve entonces la posibilidad de ir a conocerlo; más el juicio de Couture me fue confirmado de muchas partes, y el conocimiento personal que

24. *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*. Ediar. Buenos Aires, 1946, p. 409.
25. *Scritti Giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Cedam. Padova, 1950. Vol. II, p. 341.
26. *Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Cedam. Padova, 1958. Vol. II, p. 325.
27. *Revista de Derecho Procesal*. Ediar. Buenos Aires, 1951, volumen II, p. 97.
28. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Caracas, 1956.

tuve de él más tarde, en Italia, me permitió completarlo con las impresiones de una conversación inteligente y elevada. Por ello, esta colección de estudios, publicada por la Facultad de Derecho de Caracas, me ha llegado muy grata. A nosotros los italianos, entre los libros extranjeros de Derecho y particularmente de Derecho Procesal, aquellos de lengua española nos dan ocasión de mayor satisfacción, por cuanto nuestra literatura es allí frecuentemente recordada y, lo que más cuenta, profundamente conocida. En realidad, estos estudios de Loreto (algunos de los cuales tienen la importancia de una pequeña monografía, como por ejemplo el de la Acción y el Proceso de Filiación Natural en el Derecho venezolano), por la madurez del pensamiento, como por la riqueza de la información, aportan una contribución muy valiosa a la doctrina del proceso civil"[29].

La prolongada enseñanza de Loreto, representante máximo del procesalismo científico en Venezuela, comenzó a dar su frutos y a inspirar los estudios procesales, la enseñanza de la materia en las Universidades y a influir en la jurisprudencia nacional, que venía enfocando los fenómenos procesales a la luz de las antiguas concepciones de los prácticos, a espaldas de todo el movimiento renovador de la escuela científica. Una de las primeras manifestaciones de esa influencia la encontramos en la obra del doctor Silvestre Tovar Lange, "La Casación en lo Civil y Mercantil. Estudio de la Institución en la Legislación Procesal Venezolana". Imprenta Nacional. Caracas. 1941, seguida luego por las dos obras del doctor Humberto Cuenca: "Curso de Casación Civil", dos volúmenes aparecidos en 1962, y "Derecho Procesal Civil" Tomo I, 1965, y Tomo II, 1968, publicados por la Universidad Central de Venezuela. Por la misma época se publica la obra del profesor José Rodríguez U. "Autoridad del Juez y Principio Dispositivo". Universidad de Carabobo. Valencia 1968; el "Derecho Procesal Civil" de Humberto Bello Lozano, profesor de la Universidad Santa María, Vol. I, 1968, Vol. II, 1969, y su "Juicio Ordinario", 1970, todos de la Editorial Estrados. Caracas. Las "Medidas Cautelares" de Ricardo Henríquez La Roche. Maracaibo 1974, y su trabajo de ascenso en la Universidad del Zulia: "Modos Anormales de Terminación del Proceso Civil" 1978, publicado por el Colegio de Abogados del Estado Zulia. También el "Manual de Casación Civil" del profesor José Román Duque Sánchez, profesor de la Universidad Católica Andrés Bello, 1977; y los "Estudios de Procedimiento Civil", de Leopoldo Márquez Añez, profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Católica Andrés Bello, 1978, publicados por la Editorial Jurídica Venezolana, así como también su obra "Motivos y Efectos del Recurso de Forma en la Casación Civil Venezolana", 1984 (Premio Corte Suprema de Justicia); "La Inspección Ocular en el Proceso Civil", del profesor Jesús Eduardo Cabrera Romero, de la Universidad Católica Andrés Bello. Editorial Sucre. Caracas 1977, su obra: "Las Iniciativas Probatorias del Juez en el Proceso Civil regido por el Principio Dispositivo", y la más reciente: "Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre". Ed. Jurídica ALVA. Caracas 1989, vols. I y II; y la obra del doctor José Santiago Núñez Aristimuño, ex-Presidente de la Corte Suprema de Justicia: "Aspectos de la Técnica de la Formalización del Recurso de Casación". Editorial Sucre, 1983. Todos estos trabajos y otros que se nos han podido pasar, son una muestra de que las nuevas generaciones universitarias han tomado estímulo renovador en las enseñanzas de los maestros que les precedieron, con gran provecho para la literatura procesal venezolana, pues como dice Loreto: "Mientras los hombres que dan forma al Derecho no sientan el soplo renovador de las modernas corrientes científicas que vivifican y dan nuevo sentido a las concepciones del mundo y de la vida, los surcos de la vieja cultura se mostrarán estériles e inhospitalarios para acoger con energía creadora la simiente de las nuevas doctrinas".

29. *Rivista di Diritto Processuale*, 1957, p. 250. Para una información precisa cerca del período exegético anterior a LORETO, véase su trabajo *Estado Actual del Derecho Procesal Civil en Venezuela*, en *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires, 1943, I, p. 205; y en Estudios cit., pp. 5 y ss. También CUENCA, Humberto, *El Derecho Procesal en Venezuela*. Publicaciones de la Facultad de Derecho. Caracas, 1956.

D) Colombia

La recepción de las doctrinas científicas procesales comenzó en Colombia en las Universidades. Allí, desde hace más de cuarenta años, un modesto profesor: Alvaro Leal Morales, explicaba a los estudiantes un esquema del proceso civil entendido –según sus palabras– "como entidad abstracta y no como una simple colección de episodios judiciales". Ese "es-

quema" dio origen a su "Teoría del Proceso Civil" que comenzó a publicar en 1959, con adiciones de ponencias de las cuales fue autor cuando ejerció la Magistratura en la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

Por la misma época, en el año 1941, otro profesor iniciaba sus conferencias sobre Derecho Procesal Civil en el Externado de Colombia y posteriormente en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, y surgió de esas conferencias el "Curso de Derecho Procesal Civil", Parte General y Parte Especial, del profesor Hernando Morales Molina.

Posteriormente, en el año 1947 aparece el "Derecho Procesal Civil, Parte General, de Hernando Devis Echandía; pero como según expresión del autor –que le honra por la humildad científica que encierra– se trataba de una obra elemental, que como otras de la época "no podía sobrepasar los límites de nuestro medio", se dedicó por más de diez años a superar esa situación y a llevar a cabo una total revisión y ampliación de la obra original para dejarla a la altura de sus aspiraciones.

El fruto de ese esfuerzo y dedicación a la ciencia procesal lo tenemos en su monumental "Tratado de Derecho Procesal Civil", Tomos I a VI, publicados entre 1961 y 1969 por Editorial Temis, de Bogotá.

Al tratado le siguió el "Compendio de Derecho Procesal Civil", Parte General, obra sintética, destinada a los estudiantes de derecho como texto de su curso universitario, publicada en 1963, y de Pruebas Judiciales, 1969. A éstas siguieron las "Nociones Generales de Derecho Procesal Civil", publicada por Aguilar (España) en 1966.

Con esta obra, Devis Echandía se aleja del enfoque particular y positivo del derecho colombiano, para elevarse por encima de lo particular al reino de las abstracciones y de la dogmática pura de la ciencia procesal, válidas para todos los tiempos y lugares históricos, como corresponde a la naturaleza propia del conocimiento científico, colocándose así, con su obra, a la altura de los forjadores de la ciencia procesal.

El mismo método sigue después en su obra "Teoría General de la Prueba Judicial", dos tomos, editada por Víctor P. de Zavalía. Buenos Aires 1970, que agota toda la problemática científica sobre la prueba judicial y satisface ampliamente la

aspiración del autor de que "la obra sea útil en cualquier país y para los especialistas de todas las ramas del Derecho".

Esta obra cuenta ya también con un "Compendio de la Prueba Judicial", en edición de Rubinzal y Culzoni. Santa Fe. República Argentina, 2 tomos, 1984, anotada y concordada con códigos procesales iberoamericanos, por el procesalista argentino Adolfo Alvarado Velloso.

Su espíritu de servicio a la ciencia y a las instituciones judiciales de su país, llevó a Devis Echandía a tener una activa y determinante intervención en la promulgación de un nuevo Código de Procedimiento Civil Colombiano, con la colaboración también importante de su colega, el profesor Hernando Morales Molina y de los juristas colombianos Ernesto Cediel, César Gómez Estrada, Juan Benavides Patrón, Julio González Velásquez, Juan Francisco Mujica y Carlos Ramírez Arcila, miembros de la Comisión de Estudio designada por el Gobierno Nacional el 12 de noviembre de 1969. Sin tratar de demeritar el aporte de todos los juristas que en ese trabajo intervinieron –expresa el doctor Carlos Betancur Jaramillo, Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia y profesor de la Universidad de Antioquia– "es de justicia resaltar el papel que en él tocóles cumplir a los doctores Devis Echandía y Morales M. sin duda los más connotados procesalistas nacionales, ya de renombre internacional. Basta conocer sus obras para corroborar este aserto y para concluir que la mayoría de las reformas plasmadas en el nuevo código ya habían sido propugnadas por ellos y defendidas con el rigor científico que los caracteriza"[30].

El nuevo código fue expedido por el Presidente de la República, mediante Decreto Nº 1400 de fecha 6 de agosto de 1970, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 4ª del 13 de octubre de 1969, y entró en vigencia el 1º de julio de 1971.

La expedición del nuevo código –expresa el profesor Hernando Morales– marca un hito en la historia del derecho procesal colombiano. "La reforma fue integral, con el fin de satisfacer las necesidades de una recta y ágil administración de

30. Cfr. Carlos Betancur Jaramillo. *Código de Procedimiento Civil Colombiano.* Colección Pequeño Foro. Medellín. Colombia. 1971 p. I.

justicia en el ramo civil, y con el objeto de no romper la unidad y armonía que deben presidir todo ordenamiento legal de esta índole, ya que las modificaciones parciales conducen a la confusión y al desconcierto"[31].

Hoy el nuevo código cuenta con las "Conferencias dictadas en el Aula Máxima del Claustro del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario por el profesor Hernando Devis Echandía, en 4 tomos. Ediciones Rosaristas, 1970; con un "Compendio de Derecho Procesal" Ed. ABC Bogotá. III Tomos 1972 y con el mencionado "Curso" del profesor Hernando Morales M. (Parte General) según el nuevo código, y la Segunda Edición, adaptada al código vigente, de la "Técnica de Casación Civil" del mismo profesor Morales Molina. Ediciones Rosaristas 1983.

E) Guatemala

En Guatemala destaca el ilustre profesor Mario Aguirre Godoy, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, autor de una excelente obra: "Derecho Procesal Civil de Guatemala", Tomo I Editorial Académica Centroamericana. Guatemala, 1982, y Tomo II Vol. 1º. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala, C.A., 1982. La obra se aparta del procedimentalismo tradicional y se informa en las corrientes científicas del Derecho Procesal moderno. Con ella el destacado profesor Aguirre Godoy ofrece a sus alumnos, abogados, jueces y profesores de Guatemala, su caudal de ciencia y conocimiento de la materia procesal, adquiridos con el constante estudio e investigación científica llevados a cabo durante su larga docencia universitaria.

El profesor Aguirre Godoy tuvo una participación determinante en la preparación del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, redactado por encargo del Gobierno de la República, por una Comisión de juristas integrada por él y por los Licenciados Carlos Enrique Peralta Méndez y José Morales Dardón. El código entró en vigencia el 1º de julio de 1964 y se derogó el del 26 de mayo de 1934 que llegó a alcanzar 27 años de vigencia. El doctor Mario Aguirre Godoy

31. Cfr. Hernando Morales Molina. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Parte General. Séptima Edición. Ed. A.B.C. Bogotá. 1978. Prólogo p. 9.

es uno de los Vicepresidentes del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, colaborador brillante y entusiasta en todas las Jornadas que el Instituto ha llevado a cabo, ofreciendo siempre su aporte científico al examen de las transcendentales ponencias que el Instituto considera en ellas.

Sin pretender desconocer la labor de los demás integrantes de la Comisión redactora del código, los que conocemos la obra de Mario Aguirre Godoy, no podemos dejar de reconocer en el nuevo código de Guatemala la consagración de las ideas, doctrinas y soluciones que Aguirre Godoy ha venido exponiendo en sus numerosos trabajos científicos y en la Cátedra, sobre las cuestiones de mayor interés legislativo para lograr una mejor realización de la justicia en su país.

F) México

En México, la Universidad ha sido el centro de la cultura jurídica en general y de la procesal en particular.

Como bien dice Lucio Mendieta y Núñez, con las instituciones culturales sucede como con las familias de abolengo: "las ennoblecen el tiempo y las hazañas o las obras que fueron capaces de realizar, hasta coronarlas de ese noble orgullo en el presente, que hace posible una clara vida en el porvenir"[32].

Y realmente, la Universidad de México tiene un rancio abolengo, no sólo por su antiguo origen, por iniciativa del Virrey Don Antonio de Mendoza en 1551 en que estuvo regida por los estatutos de la de Salamanca, sino porque a través de los siglos supo "americanizarse", adaptándose a la realidad del medio en que actuaba y superar el espíritu medieval que la dominó durante tres siglos, hasta que después de sucesivas supresiones como la de 1833 por orden de Gómez Farías, la de 1857 por la revolución de Ayutla y luego por Benito Juárez y Maximiliano, fue finalmente restablecida por Justo Sierra como Universidad Nacional en 1910[33].

A principios del año 1939 la Universidad inició la publicación

32. MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. *Apuntes para la Historia de la Facultad de Derecho*, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*. I, Nº 4 (Sept. Dic. 1939) p. 385

33. MALAGON BARCELO, Javier. *Breve reseña histórica de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Enero-Junio 1951. Nos 1-2, pp. 163 y ss.

de la conocida "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", siendo su primer Director General el Lic. Augustín García López y Jefe de la Sección Extranjera el Dr. Luis Recasens Siches. Transformada la Escuela Nacional de Jurisprudencia en Facultad de Derecho, el 30 de marzo de 1951 fue cambiado el nombre de la revista por el de "Revista de la Facultad de Derecho de México", que comenzó a publicarse en enero de 1951, siendo su Director General el doctor José Castillo Larrañaga, Director Técnico el doctor Luis Recasens Siches y Director Técnico Interino el doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo[34]. Simultáneamente, en el año 1942 la Escuela de Jurisprudencia creó el "Instituto de Derecho Comparado de México", siendo su Director General el Lic. Agustín García López y Director Técnico el doctor Joaquín Rodríguez y Rodríguez, y ya para el año 1948 iniciaba la publicación del "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México"[35]. Posteriormente, el 22 de abril de 1949, el Consejo Técnico de la Escuela crea el grado de Doctor en Derecho e inaugura el 10 de abril de 1950 los cursos de Doctorado, no sin una larga secuencia de proyectos y contraproyectos, que se inicia en el año 1936 con el proyecto para establecer el Doctorado en Derecho Público, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y se continúa durante todo ese largo período con los aportes de los profesores Ignacio Medina, Toribio Esquivel Obregón y Manuel Borja Soriano (1937), José Urbano Guerrero y Mario de la Cueva (1941), Joaquín Rodríguez y Rodríguez y Alberto Trueba Urbina (1943), el contraproyecto del Lic. Pastor Hurtado Padilla, del mismo año; el proyecto de los Lic. Alfonso Noriega, Antonio Martínez Báez y otros (1944), y finalmente el de los doctores Niceto Alcalá-Zamora, Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga (1949) que constituye, en lo fundamental, la base del actual estatuto del doctorado. "Aunque con mayor gasto de energía del que hubiera sido necesario de no interponerse las fuerzas representativas del 'poder de obstrucción' que en todas partes se manifiesta frente a cualquier iniciativa elevada y útil –dice el doctor José Castillo Larrañaga–, podemos ufanarnos de ver convertido

34. Cfr. *Revista de Facultad de Derecho de México*. Enero-junio 1951. Nº 1-2, pp. 415-425.

35. GARCIA LOPEZ, Agustín. EDITORIAL. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. Enero-Abril, 1948. Nº 1.

en realidad el propósito de establecer el Doctorado en Derecho en nuestra Universidad"[36].

La iniciación del procesalismo científico en México se sitúa por Alcalá-Zamora y Castillo en el bienio 1945-1946 en que ocurren tres acontecimientos de importancia: La fundación de la Academia Mexicana de Derecho Procesal el 2 de mayo de 1945; la creación del Seminario de Derecho Procesal, en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de México el 15 de marzo de 1946, y la aparición de las "Instituciones de Derecho Procesal Civil", de Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga[37]. Posteriormente fue creado el "Instituto Mexicano de Derecho Procesal" el 30 de agosto de 1956, que organizó con éxito el Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal y las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal del 14 al 18 de febrero de 1960[38].

En este amplio marco de revistas, boletines, institutos, seminarios, congresos y cursos, promovidos por la Universidad Nacional Autónoma de México y especialmente por su Facultad de Derecho, se ha venido desarrollando una fructífera labor de investigación y publicación de estudios y obras en el campo procesal, entre los cuales destacan, entre otros, los procesalistas Humberto Briceño Sierra, con sus obras "Categorías Institucionales del Proceso". Puebla. México. 1956. "El secretario judicial y el oficial mayor", presentado al Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal en 1960; "Acción privada y acción pública en el procesal penal mexicano", presentado en las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal en México, 1960; "Derecho Procesal" IV Volúmenes. México. 1969-1970; "Consideraciones sobre las Bases Uniformes de la Legislación Procesal y el Problema de la lentitud de los procesos" (V Jornadas. Colombia 1970); "Bases para orientar la unificación legislativa en materia procesal penal para Ibero-América" (VIII Jornadas. Guatemala. 1981). Héctor Fix Zamudio" "Juicio de Amparo" México 1964;

36. GARRIDO, Luis, y CASTILLO LARRAÑAGA, José. *Apertura de los Cursos de Doctorado en Derecho.* (Discursos) Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia XII Nº 46 (Abril-Junio 1950) pp. 9-20.

37. ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Vida y Milagros del Instituto Mexicano de Derecho Procesal*. Revista Facultad de Derecho de México. XVII Nº 65, p. 319.

38. BRICEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1969. Vol. I p. 467. Alcalá-Zamora, Revista cit. p. 325.

"Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo". Revista Facultad de Derecho de México. Octubre-Diciembre 1964; "Panorama del Derecho Mexicano. Síntesis del Derecho de Amparo", 1965; "La responsabilidad de los sujetos procesales en el juicio de amparo". Revista Facultad de Derecho. México. Julio-Septiembre 1965; "La adecuación del proceso a la protección de los derechos". Revista Facultad de Derecho de México. Enero-Marzo 1966; "La Protección Procesal de las Garantías Individuales en América Latina" (IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Caracas. 1967); "Reformas constitucionales al poder judicial federal"; Revista Facultad de Derecho. México. Enero-Marzo 1967; "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución". Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. Enero-Abril 1968; "El problema de la lentitud de los procesos y su solución en el ordenamiento mexicano" (V Jornadas. Bogotá. Colombia. 1970); "Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica". Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 1974. Eduardo Pallares, "Derecho Procesal Civil" Ed. Porrúa. México, D.F., 1961. José Becerra Bautista, "Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil". Ed. Jus. México, 1957, y Jorge Antonio Zepeda, "El Laudo Arbitral". Publicaciones Especializadas S.A. México. 1963; y "Perspectivas del Arbitraje en Iberoamérica". (VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal) Guatemala, 1981, y otros.

También en el campo de las reformas procesales, México ha desplegado una fecunda labor de reformas en algunos de los códigos de las entidades federadas, entre ellos el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.

Después de la Independencia, el primer Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales fue el de 1872, que seguía en gran parte a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855. Este código fue sustituido por el de 1880, que siguió la misma orientación del anterior, y duró en vigencia pocos años, hasta el 15 de mayo de 1884 en que fue sustituido por el de esa fecha que conservó, en sus rasgos fundamentales, las características de la legislación procesal civil española. Después de 1884 surgen varias iniciativas para mejorar la legislación procesal, entre ellas los anteproyectos del Lic. Federico Solórzano y el de la Comisión encar-

gada de la redacción del Proyecto concluido el 12 de abril de 1932 que fue rechazado por la Comisión Jurídica del Poder Ejecutivo Federal porque "no representaba una transformación del sistema procesal del código de 1884"[39]. Habiendo pasado de nuevo a la Secretaría de Gobernación, fue redactado finalmente por una Comisión integrada por los Lic. Gabriel García Rojas, Castillo Larrañaga y Gual Vidal y promulgado el mismo año 1932. En general se consideró por el Sindicato de Abogados del Distrito Federal que este código era superior al de 1884 "porque perfila la tendencia hacia el juicio oral en toda su pureza; porque pugna por desterrar el espíritu individual del código anterior; porque consagra la verdad real sobre la formal y clasifica al Derecho Procesal Civil entre las ramas del Derecho Público, en lo que logra notable adelanto y pone los procedimientos en armonía con las corrientes que informan la técnica procesal moderna; y finalmente porque confía el desarrollo del procedimiento al juez, que dotado de amplias facultades puede investigar la verdad en beneficio no sólo de las partes, sino de la sociedad, y prescinde de los complicados sistemas de competencias tradicionales con sus obligadas apelaciones, los incidentes de nulidad y otros trámites engorrosos"[40].

Un nuevo Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales fue aprobado por el Congreso de la Unión, promulgado el 26 de febrero de 1973 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de marzo del mismo año.

7. *Fundamentación científica del Derecho Procesal Civil*

En general, se entiende por ciencia el conocimiento de contenido cierto y de validez universal. En la medida en que el Derecho Procesal Civil ha logrado un conocimiento cierto de su objeto y la validez universal de su conocimiento, puede decirse que ha llegado a constituirse en ciencia.

En la frontera de la ciencia se encuentra la técnica.

"La ciencia –dice Carnelutti– es la búsqueda de las reglas; la técnica, la aplicación de éstas. La primera pertenece al campo del conocimiento, la segunda al campo de la acción"[41].

39 Cfr. RAFAEL DE PINA y JOSE CASTILLO LARRAÑAGA. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 4ª Edición. Ed. Porrúa. México. 1958, p. 40.
40. Cfr. DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, ob. cit. pp. 41-42.
41. *Metodología del Derecho*, cit. p. 15.

Si en algún campo se corre mayor riesgo de quedarse en la técnica, sin llegar a la ciencia, es en el del proceso civil, en el cual lo que más llama la atención es su marcha o adelanto gradual mediante la serie de actos que realizan en él los sujetos que intervienen.

El atraso inveterado a que estuvo sometida esta materia durante tantos siglos, fue debido principalmente a que su estudio no pasó más allá de la técnica y se resolvía en la simple consideración de la aplicación de las reglas procesales a la actividad judicial.

No cabe duda de que cuando el procesalista considera y estudia la regla que fija el término de cinco días para la apelación de la sentencia en un procedimiento cualquiera, o la regla que fija la forma escrita para presentar el interrogatorio de los testigos al juez, no hace ciencia, porque su conocimiento, si bien es de contenido cierto, carece de la nota de universidad, ya que lo mismo pueden darse cinco días para apelar que diez o veinte, y lo mismo puede exigirse la presentación del interrogatorio por escrito o permitirse su promoción oralmente.

En cambio, cuando el procesalista investiga la naturaleza de la función jurisdiccional, o la relevancia jurídica de la conducta del juez cuando pronuncia un fallo, o cuando el procesalista construye las categorías de sentencias con arreglo a su naturaleza esencial, entonces hace ciencia procesal, porque a la certeza de su conocimiento va añadida la universalidad del mismo.

El procesalista no puede desentenderse de la técnica para hacer solamente ciencia, ni de la ciencia para hacer solamente técnica.

"El puro teórico en el procedimiento –decía Chiovenda a sus alumnos de la Universidad de Roma– es algo que carece de sentido; pero el puro práctico es una desdicha". Y añadía: "La primera causa que hayáis llevado en pretura (ganada o más probablemente perdida), os habrá enseñado en pocos días más procedimiento, entendido en el sentido exterior y técnico, que lo que podría hacer un año entero de universidad. Pero la práctica no os dirá la importancia jurídica de los actos que habéis llevado a cabo; la práctica en sí será muda para

vosotros cuando le preguntéis qué consecuencia tenga vuestra demanda; en qué difiere la representación en el proceso de la representación en el derecho civil; en qué relación está vuestra actividad con la actividad del juez; qué alcance tiene la sentencia obtenida. Y por eso, no obstante haber luchado durante no pocos años en la práctica, y precisamente después de haber seguido en sus meandros más complicados la litis, y comprobado experimentalmente de cuántos vanos errores es causa en la práctica del proceso la falta de principios, os digo: "¡Elevémonos ante todo al sistema!"[42].

El Derecho Procesal Civil ha alcanzado ya un grado muy alto de rigor científico y técnico. Desde los días en que Bülow inició su fundamentación dogmática, hasta el presente, pueden apreciarse como rasgos característicos de su constante evolución: a) Su emancipación del Derecho Civil; b) La construcción de sus propias categorías dogmáticas, y c) El abandono del método exegético por el método histórico sistemático.

a) La distinción de la acción del derecho subjetivo material, confundidos en un solo concepto durante tantos siglos, marca el inicio de aquella emancipación, y la concepción del proceso como relación jurídica autónoma y pública, que superó a la concepción civilista que lo consideraba como un contrato o como un cuasicontrato, reafirmó definitivamente la autonomía de esta nueva rama de la ciencia jurídica.

Desde entonces, los conceptos del Derecho Civil resultaron infecundos para explicar las instituciones procesales fundamentales, y se inicia una incesante búsqueda de nuevos conceptos y categorías propios de la rama procesal.

b) Fueron los alemanes del siglo XIX y comienzos del presente los grandes constructores de conceptos para el Derecho Procesal. Carnelutti nos dice que los conceptos son construcciones mentales que se forman descomponiendo y reconstruyendo la realidad y constituyen el instrumento indispensable de la ciencia.

Los italianos aprendieron de los alemanes a construir conceptos, a crear las categorías o instrumentos propios para la

42. CHIOVENDA, *Del Sistema en el estudio del proceso*. Ensayos cit., Vol. I, p. 376.

edificación de la nueva ciencia procesal. Pueden considerarse en este siglo como los más grandes representantes de la ciencia procesal a Goldschmidt en Alemania y a Chiovenda y Carnelutti en Italia. Las obras de estos grandes maestros se caracterizan por la gran mole de conceptos y por la coherencia y unidad con que son encuadrados en el sistema procesal que ellos concibieron.

c) Pero esta nueva ciencia dogmática del derecho procesal civil requería un nuevo método de investigación, diferente de la vieja exégesis, casuista y limitada, y se inició el método histórico-sistemático en la investigación científica procesal. La dogmática, desvinculada de la historia, es anticientífica, había dicho Wach, y en verdad, el sentido y la razón de las instituciones no puede alcanzarse con la mera exégesis de los textos y reglas de procedimiento. Tampoco la exégesis permite la consideración unitaria de un fenómeno complejo como el proceso civil, que se nos presenta al mismo tiempo como una pluralidad (actos, situaciones, relaciones) y como una unidad, en cuanto todos estos elementos están coordinados al mismo fin. Sólo el sistema permite descomponer la totalidad en sus partes, analizar su estructura, su función, y luego en un esfuerzo metódico reconstructivo, implantar todos esos elementos en el vasto sistema de la ciencia. El estudio sistemático no debe entenderse –nos dice Chiovenda– como un conjunto de abstracciones alejadas de la realidad, sino como la reconstrucción del organismo de la Ley y el cumplimiento de la obra del legislador[43].

d) La fundamentación científica del Derecho Procesal Civil ha sido objeto de un nuevo replanteo por la filosofía jurídica de nuestro tiempo, especialmente en su extensión egológica desarrollada por Cossio en Argentina, y se ha suscitado la cuestión de la cientificidad dogmática del Derecho Procesal como una derivación de la problemática más general de la cientificidad del Derecho.

Tradicionalmente el objeto de la Ciencia Jurídica se sitúa en el estudio de las normas, porque se identifican Derecho y Norma.

43. CHIOVENDA, *Del sistema en el estudio del proceso.* Ensayos cit., Vol. I, p. 389.

Pero esta verdad –sostiene la nueva filosofía– nos muestra su tragedia cuando se pretende hacer del Derecho una ciencia, cuando se aspira a dar cientificidad al conocimiento jurídico, porque la conceptuación del Derecho como Norma gnoseológicamente hace imposible la Ciencia Jurídica, salvo que ésta se resuelva en pura lógica.

El jurista –se dice– no puede conocer la norma con validez universal. Una norma vigente hoy se deroga mañana. Una norma vigente aquí regula un mismo fenómeno jurídico en diferente forma que una norma vigente allá. El conocimiento que el jurista tiene de la norma puede ser cierto, pero no puede decirse que ofrezca validez universal.

La única versión de validez universal que puede darse de la norma se hace posible considerando ésta en su aspecto formal, como entidad intelectual, como juicio. Pero esta versión formal, normativa, si nos proporciona la universalidad del conocimiento jurídico, nos resuelve la Ciencia Jurídica en pura y formal lógica.

Por ello, el objeto de la Ciencia Jurídica debe situarse –concluye esta posición– en la conducta humana, y el objeto de la ciencia jurídica procesal en las conductas que intervienen en el proceso civil. La norma no es más que una categoría lógica, de la cual se tiene que servir forzosamente el procesalista para conocer jurídicamente las conductas que intervienen en el proceso. En otras palabras, la norma es sólo un medio de conocimiento de las conductas[44].

Un sencillo ejemplo muestra la verdad de este aserto: un marido y su mujer celebran un contrato de compra-venta sobre un bien propiedad del marido. Deseamos saber la posibilidad o imposibilidad jurídica de celebrar este contrato. Acudimos al Código Civil y encontramos la norma del Artículo 1.481 que lo prohíbe. Analicemos lo ocurrido: hemos querido conocer (objeto) la relevancia jurídica de las conductas que intervienen en el contrato; hemos recurrido (medio) a la norma, y hemos podido saber (conocimiento) que tal contrato no está permitido.

44. Para toda esta problemática planteada por la Teoría Egológica del Derecho, aplicada al Derecho Procesal, véase el libro de IBAÑEZ DE ALDECOA, Alfonso, *Meditaciones sobre la cientificidad dogmática del Derecho Procesal.* Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954.

Otro ejemplo: En un proceso civil, el juez es recusado por una de las partes y el juez ordena suspender el curso de la causa. Deseamos conocer la relevancia jurídica de esta conducta del juez. Acudimos al Código de Procedimiento Civil y encontramos la norma del Artículo 93 que prohíbe la suspensión de la causa. Analicemos lo ocurrido: hemos querido conocer (objeto) la relevancia jurídica procesal de la conducta del juez; hemos recurrido (medio) a la norma, y hemos podido saber (conocimiento) que tal conducta no está permitida.

8. *Concepto del Derecho Procesal Civil*

Puede definirse el Derecho Procesal Civil como aquella rama de la ciencia jurídica que tiene por objeto el estudio de las conductas que intervienen en el proceso civil para la emanación de una sentencia.

En esta definición se destaca:

a) El Derecho Procesal Civil es una rama de la ciencia jurídica, y como tal, es una ciencia cultural, que tiene un objeto cultural, vale decir: que tiene existencia, que está en la experiencia y que es valioso[45].

b) El objeto propio del Derecho Procesal Civil son las conductas que intervienen en el proceso civil. El proceso civil se hace y se desarrolla mediante conductas: la del juez, de las partes y demás auxiliares de la jurisdicción, y no mediante normas. Estas no tienen otra función que la de ser medios para conocer el sentido de las conductas, su valoración; puesto que la conducta, como objeto cultural, tiene un sentido, una significación valiosa, la norma sirve al procesalista para conocer el sentido de la conducta, su valor o significación propios.

c) Las conductas que son objeto de la ciencia procesal civil son únicamente aquellas que intervienen en el proceso civil. En esto se especializa objetivamente la rama de la ciencia jurídica llamada Derecho Procesal Civil. Otras conductas serán objeto propio de otras diferentes ramas de la misma ciencia jurídica, como aquellas que consideran el penalista, el mercantilista, el laboralista, etc.

45. COSSIO, *El Derecho en el Derecho Judicial*. 2ª Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1959, p. 28.

d) Finalmente, las conductas que intervienen en el proceso civil persiguen una finalidad última, que constituye el destino normal del proceso: la emanación de una sentencia por el juez.

9. *Naturaleza jurídica y caracteres*

a) El Derecho Procesal Civil pertenece al ámbito del derecho público. La doctrina moderna afirma generalmente la naturaleza pública de esta rama de la ciencia jurídica[46].

En efecto, el Derecho Procesal Civil regula las relaciones entre los ciudadanos y el Estado con motivo del ejercicio de una función pública estatal: la jurisdicción. La regulación de tales relaciones se lleva a efecto no en un plano de igualdad, sino de supraordenación y subordinación, en la cual el órgano del Estado aparece en un plano superior al de los demás sujetos del proceso y les impone su decisión.

Una consecuencia que se deriva de la naturaleza pública del Derecho Procesal Civil es la imposibilidad de un proceso convencional, pues aunque las partes litigantes manifiesten su acuerdo, no es potestativo de los tribunales subvertir las reglas legales con que el legislador ha revestido la tramitación de los juicios, porque su estricta observancia es materia íntimamente ligada al orden público[47].

Sin embargo, la naturaleza pública del Derecho Procesal Civil no significa que todas sus normas son imperativas. Más adelante veremos, al tratar de la ley procesal, que al lado de normas imperativas, absolutas o de orden público, existen también normas dispositivas, supletorias o de interés privado, que sólo tienen aplicación si la voluntad de las partes interesadas no dispone otra cosa.

b) En contraposición al derecho substancial, el derecho procesal es caracterizado como un derecho instrumental o de contenido técnico-jurídico, en el sentido de que la observancia del derecho procesal no es fin en sí misma, sino que sirve

46. Cfr. CHIOVENDA, *Principios* cit. Vol. I, p. 125. ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo I, p. 7. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 34. PALACIO, LINO, Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, I. p. 10. DEVIS ECHANDIA, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Aguilar. 1966. p. 6.
47. Cfr. en este sentido: Corte Federal y de Casación. Memoria 1916. p. 206.

de medio, de instrumento para lograr la observancia del derecho substancial, y por tanto, sus normas están dirigidas a constituir o realizar otras normas y no a componer directamente un conflicto de intereses[48].

Esta concepción, que puede considerarse dominante en la doctrina moderna, es sin embargo contradicha por algunos autores que consideran la norma procesal tan material como cualquiera otra norma. Así –para Ibáñez– la misma naturaleza tiene una norma que exige determinadas circunstancias para la constitución de una hipoteca, como la que exige determinadas circunstancias para una demanda[49]. Para Guasp, la finalidad institucional del proceso no se halla subordinada jurídicamente a ninguna otra, pues la satisfacción de pretensiones –que según Guasp es el objeto del proceso– es un concepto radicalmente primario, desde el punto de vista jurídico, aunque pueda no serlo desde el punto de vista sociológico, ya que, socialmente, la reclamación judicial suele nacer después del fracaso de las reclamaciones extrajudiciales. Finalmente, observa también Palacio, que el esquema normativo completo de que el Juez se vale para dictar sentencia, se halla irremisiblemente integrado por disposiciones contenidas tanto en las leyes procesales como en las substanciales, que concurren coordinadas en un pie de igualdad a acordar el sentido jurídico de la norma individual en que aquélla consiste[50].

c) También se suele caracterizar al derecho procesal civil como un derecho formal, en cuanto no regula directamente el goce de los bienes de la vida, sino que establece la forma de las actividades que se deben cumplir para obtener del Estado la garantía de aquel goce[51].

Esta posición, que es también dominante y relacionada estrechamente con la anterior, que considera al derecho procesal un derecho secundario o instrumental, ha sido impugnada también por algunos autores, pues el derecho procesal civil, lo mismo que el derecho material o substancial procura también a los cuidadanos el goce de ciertos bienes de la vida.

48. Cfr. en este sentido: CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, I, pp. 1-2. IDEM, Sistema, I, Nº 19 y 26. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., Vol. I, p. 190. ROCCO, Alfredo, *Interpretación de las leyes procesales*. Trad. esp. de Manuel Romer Sánchez y Julio López de la Cerda. Ed. Stylo, México, p. 274. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, Nº 23. DEVIS ECHANDIA, *Nociones Generales*. cit. p. 5, AGUIRRE GODOY, Mario, *Derecho Procesal Civil*, Edita, 1982, p. 17.
49. Cfr. IBAÑEZ DE ALDECOA, Alfonso, ob. cit., p. 25.
50. Cfr. GUASP, ob. cit., p. 36. PALACIO, Lino Enrique, ob. cit., I, p. 11.
51. Cfr. CALAMANDREI, ob. y loc. cit.

¿No es acaso la acción un bien de la vida garantizado por una norma procesal? Y la simple declaración de certeza que se busca en el proceso, ¿no es un bien en sí misma? Lo mismo puede decirse de la eficacia y autoridad de la sentencia; de la declarada inadmisibilidad de una demanda, que son un bien en sí mismos, tutelados por el derecho procesal.

En un sentido muy amplio y general, todas las normas jurídicas serían instrumentales o formales, en cuanto que con su aplicación sirven para realizar el valor justicia, o la paz social, que son la finalidad última del derecho. Pero en un sentido más restringido y concreto, las normas jurídicas tienen la misma función, en cuanto dan significación jurídica a las conductas y concurren a determinar el contenido de la norma individual en que consiste la sentencia.

Esta función de las normas, se realiza plenamente en el ámbito del derecho procesal, en el cual determinan la significación jurídica de las conductas que intervienen en el proceso y el contenido de la norma individual en que consiste el fallo.

d) El Derecho Procesal Civil constituye una rama autónoma de la ciencia jurídica, porque como hemos visto anteriormente, al dar su definición, tiene un objeto propio, que son las conductas que intervienen en el proceso civil, especializándose así objetivamente y diferenciándose de otras ramas de la misma ciencia jurídica que toman como objeto otras conductas, como las que considera el derecho penal, el laboral, el fiscal, etc.

Además, el Derecho Procesal Civil tiene sus propios principios científicos y dogmáticos, que informan toda su estructura y lo diferencian de otras ramas del derecho; y finalmente, tiene su propia y específica elaboración doctrinal y científica, cuyos resultados participan de las notas de certeza y universalidad que son propias de la ciencia.

10. *Fuentes del Derecho Procesal Civil*

En general, la doctrina clásica tradicional entiende por fuentes del derecho, todo lo que motiva, o de donde se origina el derecho. Ya para Savigny, las fuentes del derecho son las

bases del derecho general, de donde traen su origen tanto las instituciones jurídicas, como las reglas singulares derivadas de ellas por abstracción, y coloca como hecho generador del derecho, el "espíritu popular", viviente y operante en todos los individuos[52]. En este sentido, tanto la ley como la costumbre, no son más que manifestaciones o expresiones de aquel espíritu popular, que se objetiva, en un caso, mediante un esfuerzo deliberado y consciente al extraer el derecho de la profundidad de la visa social, y en el otro, mediante la repetición de una conducta que tiene su raíz en esa vida invisible del derecho, en el espíritu del pueblo.

Modernamente, se asigna a la palabra "fuentes" una triple significación: fuentes formales, esto es, los procesos de creación de las normas jurídicas; materiales o reales, que son los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas, e históricas, que se refieren a los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes[53].

Los estudios jurídicos más recientes, inspirados en la filosofía jurídica contemporánea, desarrollada especialmente en la Argentina por Cossio y su escuela jus-filosófica, se han separado de la investigación exclusivamente causal-sociológica de las fuentes y han replanteado nuevamente el problema llevándolo al tema de la fuerza de convicción que ha de tener toda resolución de un caso jurídico[54].

En este sentido, se dice que son fuentes del derecho, "ciertos hechos, señalables perceptiblemente, que denotan o manifiestan la existencia y vigencia del sentido genérico al cual el intérprete subordina el caso"[55].

Siguiendo esta línea de pensamiento, las fuentes del Derecho Procesal Civil se pueden definir como las reglas o cánones de que puede valerse el juez en el proceso para valorar la significación jurídica de las conductas procesales que debe juzgar

52. Cfr. SAVIGNY, *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Trad. it. de Vittorio Scialoja. Torino, 1886, Vol. I, pp. 40 y ss.
53. Cfr. GARCIA MAINEZ, *Introducción al estudio del derecho*. 8ª Ed. México, 1958, p. 51.
54. Cfr. COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica*. Ed. Losada. Buenos Aires, 1954, pp. 139 y ss.
55. Cfr. AFTALION, GARCIA OLANO y VILANOVA, *Introducción al Derecho*. Ed. El Ateneo. Buenos Aires, 1956. Vol. I, p. 329.

y fundar la fuerza de convicción que ha de tener la resolución que dicte[56].

Entre nosotros las fuentes del Derecho Procesal Civil se pueden distinguir en primarias o vinculantes, y secundarias o no vinculantes.

Las principales fuentes primarias o vinculantes son: 1) La Constitución Nacional. 2) Los tratados públicos de Venezuela. 3) El Código de Procedimiento Civil. 4) La Ley Orgánica del Poder Judicial y sus Decretos modificatorios; la Ley de Arancel Judicial y la Ley de Abogados. 5) Las demás normas procesales contenidas en el Código Civil y en el de Comercio, así como en otras leyes administrativas especiales, que contienen disposiciones procesales.

Las fuentes secundarias, no vinculantes para el Juez, son: la jurisprudencia y la doctrina. La costumbre no es reconocida entre nosotros como fuente formal del derecho procesal. Los usos y prácticas procedimentales sólo se admiten para la realización de actuaciones de mero trámite, no reguladas en su forma por la ley procesal, como ocurre en la redacción de actas, oficios, despachos y autos de mero trámite, en los cuales la constante repetición de formas y estilos en el foro, han determinado una práctica generalmente observada por los Tribunales.

A) Fuentes primarias o vinculantes

1) La Constitución Nacional nos ofrece la primera estructura fundamental del ordenamiento procesal. En ella encontramos los principios procesales fundamentales, que Couture ha denominado tan acertadamente "las garantías constitucionales del proceso civil"[57] y también ciertas normas atinentes a la organización judicial.

Entre éstas, cabe señalar primeramente, la que consagra la nacionalización de la justicia, al atribuir a la competencia del Poder Nacional la administración de justicia y la creación, organización y competencia de los tribunales, así como también

56. Cfr. En este sentido, PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*. Ed. Abeledo-Perrot. Argentina. Vol. I, p. 29.
57. Cfr. COUTURE, *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Ediar. Buenos Aires. 1948. Vol. I, p. 19. Cfr. LIEBMAN, *Diritto Costituzionale e processo civile*, en *Rivista di diritto processuale*. 1952, p. 327.

la legislación de procedimientos[58]. Por tanto, aun siendo autónomos los estados federados, con competencia para organizar sus poderes públicos, no pueden organizar el judicial en su territorio, ni legislar sobre procedimientos judiciales, por ser materia reservada a la competencia del Poder Nacional.

Esto ha simplicado entre nosotros la organización de la justicia y ha excluido los problemas que derivan en otros países de la multiplicidad de legislaciones procesales según el número de Provincias o Estados, que integran el régimen Federal.

Entre las garantías constitucionales del proceso civil se pueden mencionar: 1) La que reconoce el derecho de acción en justicia, al asegurar a todo ciudadano el derecho de petición ante cualquier entidad o funcionario público y específicamente ante los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses (Arts. 67 y 68 C.N.). 2) La que establece el principio según el cual nadie puede ser juzgado sino por sus jueces naturales, ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por la ley preexistente (Art. 69 C.N.). 3) La que establece el principio de la cosa juzgada según el cual nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente (Art. 60, Ord. 8º C.N.). 4) El principio de igualdad ante la ley (Art. 61 C.N.). 5) El principio que asegura la defensa, como derecho inviolable de todo estado y grado del proceso (Art. 68), etc.

La consecuencia inmediata que se deriva del rango constitucional de estas garantías, es que toda ley procesal que desconozca estos derechos, y todo proceso en que no queden aseguradas estas garantías, son nulos por inconstitucionales, y el juez debe dar preferente aplicación a la norma de la Constitución. Repetidamente, nuestra Casación ha establecido que los tribunales no deben prescindir de la ley cuya aplicación se pida, sino cuando esta ley colida con algún precepto de la Constitución; pero que en todo caso, la aplicación de la norma constitucional por parte de los jueces de instancia, sólo surte efecto en el caso concreto debatido, y no alcanza, por lo mismo, sino a las partes interesadas en el conflicto. Se trata pues, en estos casos, del control incidental de la constitucio-

58. Cfr. Constitución Nacional de 1961. Art. 136. Ord. 23º y 24º.

nalidad, que pueden ejercer los jueces conforme a la disposición del Art. 20 del nuevo Código de Procedimiento Civil, y no del recurso de inconstitucionalidad de que conoce la Corte Suprema de Justicia y cuyos efectos, formales y materiales, son generales y la decisión se extiende erga omnes y cobra fuerza de ley[59].

2) Los tratados públicos de Venezuela tienen prelación, después de la Constitución Nacional, en los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, sobre el Código de Procedimiento Civil y demás leyes de la República (Art. 8º C.P.C.). Entre los tratados de más frecuente aplicación en materia procesal, pueden mencionarse: el Código de Derecho Internacional Privado, llamado Código Bustamante, puesto en vigencia por la Convención de Derecho Internacional Privado celebrada en la Sexta Conferencia Panamericana, en La Habana, el 20 de febrero de 1928, suscrito por Venezuela y por la mayoría de países latinoamericanos[60]. El protocolo sobre uniformidad del régimen legal de los poderes, suscrito en Washington el 17 de febrero de 1940, ratificado por Venezuela el 9 de octubre de 1941[61].

El Tratado de Extradición firmado entre Venezuela y los Estados Unidos de América, en Caracas, el 19 de enero de 1922[62]. El Protocolo sobre la personalidad jurídica de las compañías extranjeras, suscrito en Washington el 30 de julio de 1936[63]. La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975 (Gaceta Oficial Nº 33.033 del 3-8-84). La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979 (Gaceta Oficial Nº 33.144 del 15-1-85). La Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranje-

59. Cfr. Corte Federal y de Casación: *Memoria 1907*, Tomo I, pp. 297 y 310. *Gaceta Forense*, Nº 1, 2ª Etapa, p. 77.
60. Cfr. *Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela*. Caracas, Tip. Americana. 1933. Vol. IV, p. 154.
61. Cfr. *Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela*. Cit. Vol. VI, p. 583.
62. Cfr. *Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela*. Cit. Vol. III, p. 25.
63. Cfr. *Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela*. Cit., Vol. V, p. 614.

ro, suscrita en Panamá, el 30 de enero de 1975 (Gaceta Oficial Nº 3.511 Extraordinario del 30-1-85). La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979 (Gaceta Oficial Nº 33.252 del 26-6-85). La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975 (Gaceta Oficial Nº 33.170 del 22-2-85). La Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 de mayo de 1979 (Gaceta Oficial Nº 33.170 del 22-2-85). La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles, suscrita en Montevideo, Uruguay el 8 de mayo de 1979 (Gaceta Oficial Nº 33.170 del 22-2-85). La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975. (Gaceta Oficial Nº 33.170 del 22-2-85).

Estos tratados vinculan especialmente a los Estados que los han suscrito, sin embargo, se reconoce generalmente en la jurisprudencia de Casación, que los tratados, como ley de la República que son, expresan la mente del legislador en la materia respectiva y pueden aplicarse sus principios en base a la disposición del Art. 8º del Código de Procedimiento Civil, aunque se trate de un país no signatario[64].

3) El Código de Procedimiento Civil es la ley reglamentaria de las garantías de justicia contenidas en la Constitución. No cabe duda, de que la Constitución no puede establecer el régimen del proceso, en toda su complejidad, y tiene que limitarse a los principios fundamentales que garantizan a todo ciudadano la realización de la justicia; pero entre la Constitución y la ley no puede mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático, y por tanto, corresponde al legislador procesal plasmar en el código todo el régimen del proceso tomando como líneas directrices generales aquellas consagradas en la Constitución[65].

64. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 7 (2ª Etapa) p. 72.
65. Cfr. Para todo este desarrollo en diversos planos del orden jurídico, partiendo de la Constitución, véanse los trabajos de COUTURE, ya citados: *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en *Estudios*, Vol. I, p. 19, y *La Interpretación de las leyes procesales*, en *Estudios*, Vol. III, p. 15, especialmente pp. 46 a 51.

El nuevo Código de Procedimiento Civil vigente (1986) realiza en el régimen del proceso, las garantías de la justicia consagradas en la Constitución: establece la competencia de los jueces y su autoridad territorial vinculada estrechamente al domicilio del demandado (juez natural) (Art. 40); asegura el poder de todos a dirigirse al juez en defensa de su interés (acción) (Art. 16); mantiene a los litigantes en los derechos y facultades comunes a ellos, sin preferencias ni desigualdades (igualdad) (Art. 15); establece que es formalidad necesaria para la validez del juicio la citación del demandado (garantía de la defensa) (Arts. 15 y 215); hace inadmisible la demanda sobre cosa ya decidida (cosa juzgada) (Arts. 346, 9º y Art. 361), etc. El estudio detallado de estos principios y de otros que determinan la estructura del proceso civil venezolano, serán objeto de un tema posterior, al tratar del proceso.

Desmembrada la Gran Colombia, y constituida Venezuela en nación independiente, en 1830, el Código de Procedimiento Civil de 1836, llamado Código Aranda, en honor a su redactor, fue el primer código procesal civil de la República. Este código sufrió varias reformas, siendo las más importantes las de los años 1873, 1897, 1904 y 1916.

En la reforma de 1873 el legislador venezolano se inspiró en los códigos de procedimiento civil italiano de 1865 y francés de 1807, se acogieron ciertos principios tomados de ellos sobre el régimen de costas procesales, de la conciliación, del desistimiento y convenimiento y otros relativos a las nulidades procesales, la vía ejecutiva, el retardo perjudicial y los juicios de alimentos, rentas e invalidación.

En 1897 la nueva reforma tuvo su inspiración en la Ley de Enjuiciamiento Civil española reformada en 1881, sufrieron su influjo en esta reforma, la formulación más rígida del principio dispositivo, la acumulación de autos, las medidas preventivas, el recurso de casación, la ejecución de la sentencia, el recurso de queja y todo el sistema de los procedimientos especiales no contenciosos.

La reforma de 1904 fue más limitada, referida principalmente a la introducción del trámite procesal del divorcio consagrado ya contemporáneamente en el Código Civil de la época.

En la reforma de 1916 la modificaciones más importantes se

refirieron al sistema de las excepciones, a la tercería, los interdictos posesorios y a la intervención del Fiscal del Ministerio Público en los procedimientos de divorcio, nulidad de matrimonio y separación de cuerpos, con gran influjo de la legislación francesa[66].

4) La Ley Orgánico del Poder Judicial, de 22 de junio de 1956[67]; el Decreto Ejecutivo Nº 480, el 18 de enero de 1957, que divide el territorio de la República en diecisiete Circunscripciones judiciales, con los Juzgados y Oficinas que en él se expresan[68]; el Decreto Ejecutivo Nº 384 de 16 de octubre de 1958, que suprime la Primera Circunscripción Judicial de la República y en su lugar crea la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda[69]; el Decreto Nº 1.751 de fecha 16 de diciembre de 1982 que modificó la competencia por la cuantía (Gaceta Oficial Nº 32.630 de fecha 23-12-82); el Decreto Nº 2.082 de fecha 4 de mayo de 1988, modificado por Decreto Nº 2.409 del 21-9-88, que establece nuevos límites de competencia por la cuantía para los Juzgados de Parroquia del Distrito Federal, de Municipio del Distrito Sucre del Estado Miranda, de Distrito del Distrito Federal y del Distrito Sucre del Estado Miranda (Gaceta Oficial Nº 34.063 de fecha 30-9-88); como se verá más adelante, al tratar de los límites de la competencia por el valor (*infra:* n. 70); la Ley de Arancel Judicial, de 10 de abril de 1955[70]; y la Ley de Abogados, de 12 de diciembre de 1966[71], son algunas de las leyes administrativas, que por su naturaleza y especialidad son también fuentes del derecho procesal venezolano y complementan el régimen procesal consagrado en el Código de Procedimiento Civil.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, es el Estatuto fundamental que desenvuelve los principios de la Constitución referente a la organización de la justicia. Con excepción de la Corte Suprema de Justicia, organizada y regida por su propia Ley Orgánica[72].

Con la sanción de la Ley de Carrera Judicial el 30 de diciembre de 1980, algunas materias reguladas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, pasaron a la Ley de Carrera Judicial, de la cual trataremos más adelante (*infra:* n. 61). Por esta razón es indispensable la promulgación de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, que sea concordante con la Ley de Carrera Judicial en vigencia, que ha regulado todo lo relativo a la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces y las condiciones para su ingreso, permanencia y terminación en el ejercicio de la judicatura[73].

Con motivo de la sanción del nuevo Código de Procedimiento Civil, se hace necesario la revisión y modificación de las Circunscripciones Judiciales y de las cuantías que dichos Decretos Ejecutivos asignan a los diversos Tribunales y facultan al Ejecutivo Nacional, o al Consejo de la Judicatura para modificar de tiempo en tiempo esas cuantías, acorde con la situación económica del país. Del mismo modo como el nuevo código (Art. 945) faculta al Ejecutivo Nacional, oída la opinión de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Judicatura, para modificar las cuantías establecidas en el código, salvo aquellas que se refieran a multas, indemnizaciones o resarcimientos de cualquier especie, mediante Decreto dictado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros.

En cuanto a la Ley de Arancel Judicial y a la Ley de Abogados, la primera fija los emolumentos a pagarse a los diversos auxiliares de la justicia, como depositarios, peritos, partidores, etc., y la segunda, además de regular todo lo relativo al ejercicio de la profesión de abogado, establece el procedimiento de retasa de sus honorarios, que debe seguirse en los procesos en que surjan estas cuestiones.

5) Finalmente, ciertas normas procesales contenidas en el Código Civil, tales como las que regulan las oposiciones al

66. Otras características de estas reformas y más información sobre la historia de las actuales instituciones del proceso venezolano, pueden verse en CUENCA, *El derecho procesal en Venezuela*. Caracas, 1956, y en LORETO, *Estado actual del derecho procesal civil en Venezuela*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Caracas. 1956. p. 7-8. Para el nuevo código y sus novedades V. *Introducción*.
67. Cfr. *Gaceta Oficial* Nº 493 Extraordinario, de 1º de agosto de 1956.
68. Cfr. *Gaceta Oficial* Nº 25.270 del 31 de enero de 1957.
69. Cfr. *Gaceta Oficial* Nº 25.787 del 16 de octubre de 1957.
70. Cfr. *Gaceta Oficial* Nº 24.729 del 27 de abril de 1958.
71. Cfr. *Gaceta Oficial* Nº 1.081 Extraordinario del 23 de enero de 1967.

72. Cfr. *Gaceta Oficial* Nº 1.893 Extraordinario del 30 de julio de 1976.
73. Cfr. Ley Orgánica del Poder Judicial. *Gaceta Oficial* Nº 1.376 Extraordinario, del 17-2-70. Ley de Carrera Judicial. *Gaceta Oficial* Nº 2.711 Extraordinario, del 30-12-80.

matrimonio, la separación de cuerpos, el divorcio, la tutela jurisdiccional de los derechos, la cosa juzgada, las ejecuciones y las pruebas; y en el Código de Comercio, las relativas a la jurisdicción comercial, a la quiebra y las diligencias subsiguientes, son fuentes del Decreto Procesal Civil, en la misma medida en que lo son otras disposiciones procesales contenidas en leyes especiales, como la de procedimientos del trabajo, de menores, fiscales, etc.

B) Fuentes secundarias o no vinculantes

1) La jurisprudencia. En el ejercicio de la función jurisdicción, los jueces dictan decisiones que constituyen, como se verá más adelante, normas jurídicas individuales, que correspondan al plano más concreto y específico que puede darse en el proceso de creación jurídica.

La sentencia del juez, es pues, creativa de derecho y constituye una norma jurídica individual. Pero aquí, al estudiar las fuentes del Derecho Procesal Civil, se trata no del problema de la sentencia como derecho, sino del problema de la jurisprudencia como fuente del derecho procesal, con validez para que el juez pueda fundar en ella la fuerza de convicción que debe tener su sentencia. Por tanto, en este campo, no debe confundirse la sentencia con la jurisprudencia. La sentencia es derecho. Es el derecho del caso concreto. Su eficacia está limitada exclusivamente a los sujetos que han intervenido en la controversia y su autoridad se agota dentro de los límites objetivos y subjetivos del caso decidido. La jurisprudencia es el conjunto de decisiones de los tribunales sobre una materia determinada, de las cuales se puede extraer la interpretación dada por los jueces a una cierta situación concreta.

El problema que plantea la jurisprudencia como fuente, es el de averiguar si el principio jurídico que puede extraerse de la jurisprudencia sobre la interpretación constante de una determinada situación concreta, puede ser elevado a la categoría de regla jurídica, válida formalmente para fundar la fuerza de convicción que debe tener la sentencia del juez en otros casos idénticos.

El problema no ha sido resuelto de manera uniforme por la doctrina. Para algunos, la jurisprudencia es fuente de derecho, y se invoca para sostener esta posición, que frecuentemente los jueces se ven en el caso de completar la ley, de

integrarla, y hasta de corregirla, y que cuando esta obra de complemento y de corrección de la ley, se apoya en el asentimiento constante y uniforme de una serie ininterrumpida de sentencias, entonces la jurisprudencia adquiere el valor de ley y contribuye a completar y modificar el derecho vigente.

Haciendo uso de una metáfora muy sonora, Pacchioni nos dice que "del gran complejo de todas las sentencias de los jueces y de todas las opiniones de los juristas, se desarrollan nuevas normas jurídicas, así como de los diversos sonidos combinados de muchísimos instrumentos, que aisladamente tomados nada expresan, se desprenden nuevos motivos y melodías"[74].

Entre nosotros no se admite la posibilidad señalada por Pacchioni de corrección de la ley mediante la interpretación jurisprudencial, pues cualesquiera que sean las consecuencias a que conduzca la estricta aplicación de la ley, es al legislador y no al juez, a quien corresponde apreciarlas para reformar o modificar la propia ley, porque la interpretación judicial no tiene en nuestro sistema positivo la fuerza suficiente para elevarse a la categoría de fuente formal de derecho objetivo. El precedente judicial y la jurisprudencia misma no tienen en el derecho venezolano, sino una autoridad puramente científica y a lo más sólo podría atribuírsele la fuerza de una presunción de interpretación correcta de la norma jurídica por aplicar, y como tal, puede tomarse eventualmente por los jueces para fundar la resolución de hipótesis idénticas o semejantes, pero esto no quiere decir que con ello la jurisprudencia adquiere el valor de fuente formal del derecho, pues el valor de convicción del fallo en que se invoca una determina-

74. Cfr. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, en *Rivista di Diritto Commerciale*. 1912, I, p. 41. En Argentina, PALACIO, Lino Enrique, ob. cit., p. 44, considera que el conjunto de fallos determina la creación de normas o reglas que, como expresión de sentidos genéricos, son utilizados por los jueces para conceptuar jurídicamente un caso particular y constituyen, por consiguiente, fuentes del derecho, pero considera sin embargo, que ésta es una fuente subordinada a la ley que carece del grado de obligatoriedad que reviste la ley. Asimismo DEVIS ECHANDIA, *Nociones Generales*, cit. p. 34, considera que por razón del carácter público del Derecho Procesal, es la ley la reguladora principal de la actividad judicial, pero que no debe desecharse el valor de la jurisprudencia, pues ella es la encargada de resolver la incoherencia y la oscuridad de textos legales, de armonizarlos y, lo que es más importante, de desarrollar la doctrina que se contenga en los principios que consagra y de ir haciendo penetrar a través de ellos las nuevas concepciones, en cuanto no sean incompatibles con sus claros términos.

da jurisprudencia, no puede venirle dado por la jurisprudencia en sí misma considerada, sino por la fundamentación del fallo en las disposiciones legales pertinentes, cuya interpre tación jurisprudencial anterior, acoge el juez como suya en el caso de especie[75].

La jurisprudencia, pues, aun no teniendo fuerza obligatoria, puede llegar a imponerse en la convicción del juez o del jurista, por el valor persuasivo de sus razones y la autoridad del órgano del que emana[76], y en este sentido sólo puede tener una autoridad de hecho, o como dice Liebman, ella puede considerarse como fuente, no de producción sino de elaboración y de conocimiento del derecho positivo, del cual desarrolla y revela el contenido, y en esta función su importancia es tan grande, que no podría ser prácticamente mayor, ni aún en el caso de que reposase, no ya en su fuerza de persuasión y en la autoridad moral, sino en un vínculo formalmente obligatorio[77].

Es tal el valor de la jurisprudencia como fuente de conocimiento del derecho positivo, que se haya instituido el Recurso de Casación, ante la Corte Suprema de Justicia, que tiene la finalidad fundamental de mantener la uniformidad del orden jurídico y de la jurisprudencia, y evitar la diversidad de interpretación sobre una misma cuestión jurídica, tan perjudicial para la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley, asegurada por la Constitución.

2) La doctrina. Lo que hemos dicho anteriormente para la jurisprudencia, vale igualmente para la doctrina, u opinión científica de los tratadistas de Derecho Procesal Civil y comentaristas del ordenamiento procesal. Tiene solamente un valor moral, de interpretación del derecho vigente y como tal, su autoridad le viene del valor persuasivo de sus razones y de los méritos científicos del autor.

75. Cfr. Corte Federal y de Casación: *Memoria* 1889, p. 38. *Memoria* 1920, p. 71. IDEM. Actuaciones en el año 1946 presentadas al Congreso Nacional en 1948, p. 44. Cfr. Gaceta Forense, Nº 5, p. 92.
76. Conf. COUTURE, *Vocabulario jurídico*. Montevideo-1960. Voz: Jurisprudencia.
77. Cfr. LIEBMAN, *Nuovo Digesto italiano*. Vol. VI. Voz: Giurisprudenza.

CAPITULO II

LA JURISDICCION

SUMARIO

11. *Las nociones sistemáticas fundamentales*

La noción de la jurisdicción ha adquirido en el Derecho Procesal Civil moderno el rango de noción fundamental.

Asociada a las nociones de acción y del proceso, forma, como lo expresa Calamandrei, el "Trinomio sistemático fundamental" del derecho procesal, o como dice Podetti, la "Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil"[1].

Sin embargo, a pesar del acuerdo de la doctrina en comenzar el estudio del Derecho Procesal Civil con el examen de las tres nociones sistemáticas nombradas y en el orden enunciado, no puede decirse que se haya logrado todavía una elaboración científica definitiva de las tres nociones. Lo que ha llevado a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, al caracterizar el estado actual de las investigaciones acerca de tales conceptos, a calificar de "Trípode desvencijado" a la mencionada trilogía.

Así –nos dice Alcalá-Zamora–, jugando con los verbos ser y estar, podríamos afirmar que del proceso sabemos dónde está, pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etc.); de la jurisdicción, sabemos lo que es, pero no dónde está (si en el Derecho Procesal o en el Constitucional) y de la acción no sabemos ni lo que es (pugna entre las teorías abstractas y las concretas) ni dónde está (si en el campo del derecho material o en el del procesal)[2].

1. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile, secondo il nuovo Codice*. 2ª Ed. Cedam, Padova. 1943, Vol. I, p. 21. PODETTI, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, en *Revista de Derecho Procesal*. 1944. Parte I, p. 113.
2. Cfr. ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires. 1946, p. 767. Nota 11.

da jurisprudencia, no puede venirle dado por la jurisprudencia en sí misma considerada, sino por la fundamentación del fallo en las disposiciones legales pertinentes, cuya interpretación jurisprudencial anterior, acoge el juez como suya en el caso de especie[75].

La jurisprudencia, pues, aun no teniendo fuerza obligatoria, puede llegar a imponerse en la convicción del juez o del jurista, por el valor persuasivo de sus razones y la autoridad del órgano del que emana[76], y en este sentido sólo puede tener una autoridad de hecho, o como dice Liebman, ella puede considerarse como fuente, no de producción sino de elaboración y de conocimiento del derecho positivo, del cual desarrolla y revela el contenido, y en esta función su importancia es tan grande, que no podría ser prácticamente mayor, ni aún en el caso de que reposase, no ya en su fuerza de persuasión y en la autoridad moral, sino en un vínculo formalmente obligatorio[77].

Es tal el valor de la jurisprudencia como fuente de conocimiento del derecho positivo, que se haya instituido el Recurso de Casación, ante la Corte Suprema de Justicia, que tiene la finalidad fundamental de mantener la uniformidad del orden jurídico y de la jurisprudencia, y evitar la diversidad de interpretación sobre una misma cuestión jurídica, tan perjudicial para la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley, asegurada por la Constitución.

2) La doctrina. Lo que hemos dicho anteriormente para la jurisprudencia, vale igualmente para la doctrina, u opinión científica de los tratadistas de Derecho Procesal Civil y comentaristas del ordenamiento procesal. Tiene solamente un valor moral, de interpretación del derecho vigente y como tal, su autoridad le viene del valor persuasivo de sus razones y de los méritos científicos del autor.

75. Cfr. Corte Federal y de Casación: *Memoria* 1889, p. 38. *Memoria* 1920, p. 71. IDEM. Actuaciones en el año 1946 presentadas al Congreso Nacional en 1948, p. 44. Cfr. Gaceta Forense, Nº 5, p. 92.
76. Conf. COUTURE, *Vocabulario jurídico*. Montevideo-1960. Voz: Jurisprudencia.
77. Cfr. LIEBMAN, *Nuovo Digesto italiano*. Vol. VI. Voz: Giurisprudenza.

CAPITULO II

LA JURISDICCION

SUMARIO

11. *Las nociones sistemáticas fundamentales*

La noción de la jurisdicción ha adquirido en el Derecho Procesal Civil moderno el rango de noción fundamental.

Asociada a las nociones de acción y del proceso, forma, como lo expresa Calamandrei, el "Trinomio sistemático fundamental" del derecho procesal, o como dice Podetti, la "Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil"[1].

Sin embargo, a pesar del acuerdo de la doctrina en comenzar el estudio del Derecho Procesal Civil con el examen de las tres nociones sistemáticas nombradas y en el orden enunciado, no puede decirse que se haya logrado todavía una elaboración científica definitiva de las tres nociones. Lo que ha llevado a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, al caracterizar el estado actual de las investigaciones acerca de tales conceptos, a calificar de "Trípode desvencijado" a la mencionada trilogía.

Así –nos dice Alcalá-Zamora– , jugando con los verbos ser y estar, podríamos afirmar que del proceso sabemos dónde está, pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etc.); de la jurisdicción, sabemos lo que es, pero no dónde está (si en el Derecho Procesal o en el Constitucional) y de la acción no sabemos ni lo que es (pugna entre las teorías abstractas y las concretas) ni dónde está (si en el campo del derecho material o en el del procesal)[2].

1. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile, secondo il nuovo Codice*. 2ª Ed. Cedam, Padova. 1943, Vol. I, p. 21. PODETTI, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*. en *Revista de Derecho Procesal*. 1944. Parte I. p. 113.
2. Cfr. ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires. 1946, p. 767. Nota 11.

No obstante las anotadas incertidumbres que rodean a los tres conceptos fundamentales del Derecho Procesal, es conveniente comenzar con el análisis de ellos y en el orden señalado, pues si bien algunos autores (Chiovenda) han comenzado la exposición científica de esta materia partiendo de la noción de la acción, y otros (Carnelutti) lo hacen partiendo de la noción del proceso, no se puede negar, como lo expresa Lascano, que el proceso adquiere relevancia en la ciencia jurídica sólo en cuanto se forma con motivo de requerirse y prestarse la función jurisdiccional que ejerce el Estado para resolver los conflictos de intereses suscitados entre los particulares. Y aunque hoy rige todavía el principio tradicional de que no se tiene jurisdicción sin acción (nemo iudex sine actore), no puede desconocerse la dirección y la mentalidad predominantes en nuestra época en la doctrina y en los códigos positivos, de considerar el fenómeno procesal no tanto desde el punto de vista del litigante que pide justicia (acción), sino más bien mirando al juez que debe administrarla (jurisdicción), dejando de considerarse a la acción como un "prius" (algo anterior) de la jurisdicción, para concebir, al contrario, la actividad de las partes en función del poder del juez[3].

12. *Origen de la jurisdicción*

Históricamente –enseña Calamandrei– la jurisdicción nace con el nacimiento del Estado en la civilización humana. En las épocas primitivas, cuando la sociedad no había logrado organizarse jurídicamente, la solución de los conflictos surgidos entre los coasociados, quedaba entregada a la fuerza privada de los contendientes (autodefensa), y cada cual perseguía su cosa o su derecho con sus propios medios, recurriendo, si era necesario, a la ayuda de sus familiares y vecinos.

Se comprende fácilmente –observa Calamandrei– que dejar a la fuerza privada la defensa del derecho, significaba siempre la victoria de la prepotencia sobre la justicia, porque el más fuerte tenía siempre la razón.

3. Cfr. CHIOVENDA. *Principios de Derecho Procesal Civil.* Trad. de José Casais y Santaló. Tomo I, p. 55. Id. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile.* Napoli, 1933. Vol. I, p. 1, CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile.* Cedam. Padova. 1936. Vol. I, p. 131. LASCANO, *Jurisdicción y proceso,* en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina,* cit. p. 371. GRANDI, *Exposición de motivos al Código de Procedimiento civil italiano.* Trad. de De Cillis y Julio Dasen. Depalma. Buenos Aires. 1944, Nº 19.

Por ello, desde que por encima de los individuos se fue afirmando un principio de autoridad, y la sociedad comenzó a organizarse lentamente, comenzó a imponerse también la restricción gradual de la autodefensa, hasta sacar completamente la justicia del ámbito privado, para atribuirla a la autoridad pública, encargada exclusivamente de administrarla. Por ello, formando la base de los conceptos de jurisdicción y de acción, se encuentra en el Estado moderno la prohibición de la autodefensa, en virtud de la cual, el derecho individual se encuentra protegido y asegurado por la fuerza del Estado y no por la fuerza privada de su titular concreto, en tal forma, que si bien el Estado ha asumido y tiene efectivamente el monopolio de la justicia (jurisdicción), los particulares tienen por su parte el derecho, facultad o poder de exigir del Estado la protección de su derecho violado o amenazado (acción)[4].

Esta evolución histórica que conduce a la humanidad desde sus más primitivas manifestaciones de la justicia, hasta el estado actual de adelanto y de progreso de los institutos judiciales, ha sido lenta y se ha producido en el transcurso de los siglos.

La idea fundamental que se encuentra en los más remotos albores de la civilización –nos explica Calamandrei– y que constituye el germen de todos los institutos judiciales posteriores, es la siguiente: que para alcanzar una pacífica solución del conflicto, es necesario sustraerlo a las partes (las cuales, estando ligadas cada una al propio interés, serían incapaces de valorar serenamente las razones de la parte adversa: nemo iudex in re sua) y confiar su decisión a un tercero extraño al conflicto, que, por estar desinteresado, puede ser imparcial.

Pero no debe creerse –observa Calamandrei– que este tercero imparcial que se interpone entre los sujetos del conflicto sea, originariamente, el mismo Estado, esto es, un órgano

4. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni,* cit. Vol. I, p. 95. El famoso historiador del derecho, Enrico Carlo Lea, nos recuerda que en el año 1231 el abad de St. Bertin llevó al pueblo de Arkes una serie de disposiciones que hicieron época, en base a las cuales cuando alguien quedaba convicto de homicidio premeditado, era abandonado en poder de la familia de la víctima, para que la misma, a su vez, tuviese facultad de matarlo. Pero es necesario anotar –agrega Lea– que en este caso lo que quedaba satisfecha era la venganza y no la justicia. Cfr. E. CARLO LEA, *La Storia del Diritto e la Morale Sociale.* Piacenza. 1925, p. 3.

suyo con carácter de juez público. En un principio, el Estado se limita a favorecer y a disciplinar el uso del arbitraje, esto es, el uso de someter la decisión de la controversia a un particular de confianza común de los contendientes (árbitro), a cuya decisión las partes se obligan, por contrato, a atenerse. Acaso en los orígenes de todas las civilizaciones, la primera forma de justicia es la arbitral: del arbitraje facultativo, al cual los contendientes recurren solamente si están de acuerdo en preferir la solución arbitral al uso de la fuerza privada, y en el que la decisión del árbitro es obligatoria sólo en cuanto es aceptada por las partes, se pasa al arbitraje obligatorio, en el sentido de que los contendientes están obligados por la autoridad a recurrir a él, y que la obligatoriedad de la decisión se impone también con la fuerza del Estado.

De aquí, a la institución de los jueces públicos, el paso es corto: cuando el Estado, en lugar de limitarse a imponer a los contendientes el recurrir a árbitros privados, asume directamente la función de resolver las controversias, mediante órganos propios investidos de pública autoridad, a los cuales los particulares están obligados a recurrir, la jurisdicción, como función del Estado, ha nacido ya[5].

En el Derecho Romano, primeramente una "Lex Iulia de vi privata", dictada bajo Augusto, impuso penas contra los que con armas o sin ellas forzasen o maltratasen a otro por razones particulares. El condenado por violencia privada, según esta ley, incurría en la pena de confiscación del tercio de sus bienes y no podía ser senador, ni Decurión, ni obtener otro empleo honorífico, ni ser juez, y por Constitución del Senado, quedaba excluido de todo honor como infame[6].

Posteriormente, un Decreto de Marco Aurelio, prohibió al acreedor tomar por la fuerza la cosa debida, y más tarde,

5. Cfr. CALAMANDREI, ob, cit. Vol. I, pp. 94 y ss.
6. Cfr. D. 48, 7, 1, 2. Cfr. ARNDTS Serafini, *Trattato delle Pandette,* Vol. I, Párrafo 94. Cfr. WINDSCHEID. *Diritto delle Pandette.* Trad. Fadda e Bensa, Vol. I, Parágrafo 123. Cfr. ARANGIO RUIZ, *Las acciones en el derecho privado romano.* Ed. Rev. Derecho Privado. Madrid 1945, pp. 12 y ss. Cfr. BETTI, *Istituzioni di Diritto Romano.* Cedam. Padova. 1947. Vol. I, pp. 249 y ss. Cfr. SCIALOJA, *Procedimiento civil romano.* EJEA. Buenos Aires, 1954, pp. 73 y ss.

prohibiciones de Dioclesiano y de Valentiniano colocaron la autodefensa dentro de límites cada vez más estrechos[7].

En Venezuela, según la Constitución vigente (1961), es de la competencia del Poder Nacional la administración de justicia y la creación, organización y competencia de los Tribunales (Art. 136. Ord. 23); y el Código Penal tipifica como delito contra la administración de justicia, el hacerse justicia por sí mismo y establece una sanción (Art. 271) para el que con objeto sólo de ejercer un pretendido derecho, se haga justicia por sí mismo, haciendo uso de violencia sobre las cosas o sobre las personas, cuando podía haber ocurrido a la autoridad[8].

13. *Posición de la jurisdicción dentro del orden jurídico*

Determinar la posición de la jurisdicción dentro del orden jurídico supone aclarar si la misma pertenece al campo del Derecho Constitucional o al campo del Derecho Procesal.

7. Cfr. D. 48, 7, 7, 8 - C. 9, 33, 3. - C. 8, 4, 7. - El Decreto de Marco Aurelio decía: "Es justo que si juzgas que te competen algunas peticiones, uses de tus acciones: y entretanto el que debe ha de permanecer en su posesión, porque tú eres el que pides; y cuando dice Marciano: No cometí violencia, respondió el César: ¿Tú solamente juzgas que se comete violencia cuando se hace a los hombres? También se comete cuando alguno no pide judicialmente lo que juzga que se le debe. Juzgo no corresponde a tu estimación ni dignidad hacer alguna cosa que no sea conforme a derecho. Esto supuesto, cualquiera que yo comprobase que temerariamente posee alguna cosa del deudor sin que el juez se la entregase, perderá el derecho que dijese que tiene a ella".
8. Las únicas excepciones propiamente dichas a la prohibición de autodefensa en el Derecho venezolano son la legítima defensa y el estado de necesidad (Art. 65, Ord. 3 y 4 Cod. Penal). Algunos autores ven también manifestaciones de autodefensa en la facultad otorgada al propietario para cerrar por sí mismo su fundo (Art. 551 C.C.); la del propietario de enjambres de abejas para seguirlos en fundo ajeno (Art. 799 C.C.); la del poseedor de buena fe de retener los bienes por causa de mejoras realmente hechas y existentes en ellos, cuando las ha reclamado en el juicio de reivindicación (Art. 793 C.C.); el derecho de retención acordado al mandatario en garantía de las indemnizaciones que le acuerdan los artículos 1699, 1.700 y 1.701 del Código Civil; la del depositario de retener el depósito hasta el pago de lo que se le deba en razón del mismo (Art. 1.774 C.C.), y en materia de contratos bilaterales, la llamada "exceptio non adimpleti contractus" (Art. 1.168 C.C.). En este sentido, para el Derecho italiano: BETTI, *Diritto Processuale Civile italiano.* Ed. Foro it. Roma. 1936, pp. 29 y ss. Para el Derecho mexicano, ALCALA-ZAMORA y CASTILLO, *Proceso, Autocomposición y Autodefensa.* México, 1947, especialmente Capítulo III. pp. 67-95. En contra de esta orientación: MICHELI, Gian Antonio. *Corso di Diritto Processuale Civile.* Milano. Giuffré. 1959. Vol. I, p. 9, que no considera tales casos como una derogación del monopolio estatal de la jurisdicción, por cuanto ellos representan sobre todo una ampliación del ámbito de los poderes atribuidos por la ley a los titulares de ciertos derechos, a los cuales está concedido, al menos dentro de ciertos límites, la posibilidad de conseguir directamente la tutela del interés, reconocido por la norma, sin la intervención del juez.

Ya hemos visto que la Constitución atribuye la administración de justicia al Poder Nacional. Pero éste aparece dividido en los tres poderes tradicionales: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Entre nosotros, el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales que determina la ley orgánica (Art. 204 Const. Nac.) de modo que la jurisdicción es considerada como una parte del Poder del Estado, esto es, la soberanía en referencia a la función de justicia.

Realmente, toda la estructura política del Estado moderno descansa en esta tripartición del Poder Público, que encuentra su inspiración en la famosa obra de Montesquieu. Frente al poder absoluto del Monarca, que reunía en sus manos todas las manifestsaciones del poder estatal, la idea democrática revolucionaria estableció la doctrina de la división del poder en una pluralidad de titulares para evitar que pudiera concentrarse en una sola persona.

La idea política de la división de los poderes, con el tiempo se transformó en principio jurídico, sancionado por todas las constituciones modernas y la teoría jurídica del Estado, todavía en nuestros días, salvo escasas excepciones (Kelsen), toma aliento en aquella doctrina tradicional.

La duda planteada al estudioso acerca de si la jurisdicción tiene un emplazamiento constitucional y pertenece por ello al campo del Derecho Constitucional, o si pertenece al campo del Derecho Procesal, se acentúa cuando se observa que antes que los procesalistas se ocupasen de esta noción, las principales investigaciones relativas a la jurisdicción se hacían desde el ámbito del Derecho Político o del Derecho Constitucional, ejemplo de las cuales son las investigaciones realizadas por los juristas franceses contemporáneos, que han abordado con gran brillo y sutileza la diferenciación entre la jurisdicción, la administración y la legislación[9].

Como es sabido, la Constitución establece los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones, el círculo de su acción y la situación de cada uno de ellos respecto del Poder del Estado;

9. Cfr. CARRE DE MALBERG, *Teoría General del Estado*. Trad. de José Lión Depretre. Fondo Cultura Económica. México. 1948. DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*. JEZE, *Les principes géneraux du Droit Administratif*. HAURIOU, *Précis de Droit Administratif et de Droit Constitutionnel*, etc.

y por tanto, el examen de los órganos que ejercen los tres poderes en que se divide el Poder Público, de sus atribuciones y relaciones, definiendo en general sus funciones, corresponde al campo del Derecho Constitucional. Pero sería incurrir en una hipertrofia inadmisible del objeto propio del Derecho Constitucional y en la disolución del Derecho Procesal en aquel Derecho, con desconocimiento de la autonomía científica de ambos, considerar comprendido en el objeto propio del Derecho Constitucional, el estudio de los diversos aspectos de la jurisdicción.

El criterio distintivo debe basarse, según una reciente interpretación, en la diferencia entre la función y la actuación. La jurisdicción pertenece al ámbito de la Constitución sólo en cuanto función, como atribución de una función pública. En cambio, actuar jurisdiccionalmente, es llevar a cabo actos proyectivos procesales. La función inquiere por la competencia del órgano, mientras la proyectividad lo hace por la trascendencia del acto en el proceso. En su aspecto de actos proyectivos, la jurisdicción es claramente procesal[10].

14. *Concepto de la jurisdicción*

Entre la Jurisdicción y la Sentencia existe una estrecha relación, por ser estrecha la relación que existe entre una *función* y el *acto* propio de la misma. Sin la función jurisdiccional, sustitutiva de la autodefensa en el Estado moderno, no puede darse la sentencia; y a la vez, ésta no podría existir como acto de tutela jurídica sin el desenvolvimiento de los actos propios de la función jurisdiccional, de los cuales la sentencia es el acto final.

Aunque es estrecha la relación entre la jurisdicción y la sentencia, el concepto de aquella función no puede reducirse al de este acto suyo que es la sentencia. Un concepto jurídico de la función jurisdiccional debe centrarse en su objeto y responder a las preguntas sobre qué es ontológicamente la función y cómo se desarrolla, eliminando de su concepto, elementos que si bien caracterizan el acto propio de la función, no contribuyen a la precisión del concepto, sino a la confusión de ideas en esta materia.

10. Para toda esta cuestión véanse las interesantes observaciones de BRICEÑO SIERRA, Humberto. *Categorías Institucionales del Proceso*. Ed. J.M. Cajica Jr. México. 1956, especialmente pp. 207 y ss.

Ya se ha visto (*supra:* n. 13) que la jurisdicción como función del Estado, tiene un emplazamiento constitucional y pertenece por ello al campo del Derecho Constitucional, pero que, por otro lado, el actuar jurisdiccionalmente es llevar a cabo actos proyectivos procesales, que por la trascendencia que tienen para el proceso, se inscriben ciertamente en el campo procesal.

No es necesario, para definir la jurisdicción, entrar en la larga serie de doctrinas que tratan de diferenciar las tres funciones que en el sistema constitucional se corresponden con los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Bastaría con señalar que las tres funciones referidas, tienen todas carácter *jurídico* y forman parte del proceso de creación jurídica al cual no escapan en el sistema de la legalidad y del imperio del derecho, ninguna de las tres funciones. En efecto, si la función legislativa tiene a su cargo la creación del sistema de normas generales que dan valor jurídico a la convivencia humana en una sociedad organizada; y la función administrativa o ejecutiva se encarga de lograr los objetivos concretos del Estado, ya sean sociales, culturales, económicos o políticos, pero siempre dentro del marco del derecho (legalidad administrativa) que se traducen en actos jurídicos administrativos; la función jurisdiccional, por su parte, se encarga de la garantía del derecho, mediante la resolución de los conflictos de intereses y la determinación de lo que es derecho en el caso individual y concreto. Por ello, independientemente de los elementos orgánicos y formales de los actos de las tres funciones, todas ellas en esencia, no son sino una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho. La sentencia judicial –afirman Merkl y Kelsen– es aplicación del Derecho si se la considera en relación con el grado normativo superior de la ley, por la cual es la sentencia jurídicamente determinada. Pero es creación de Derecho si se la considera en relación con aquellos actos jurídicos que han de realizarse sobre la base de la misma (ejecución), o en relación con las partes cuyos deberes concretos son estatuidos por la sentencia. Del mismo modo, la ley, que es creación de Derecho por relación a la sentencia, es aplicación del mismo por relación a una fase normativa superior, por la cual son las leyes jurídicamente determinadas (Constitución).

Siguiendo esta posición, puede definirse la jurisdicción en el sistema de la legalidad imperante en los Estados civilizados

contemporáneos, como la *función estatal destinada a la creación por el juez de una norma jurídica individual y concreta necesaria para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares, cada vez que entre ellos surjan conflictos de intereses y de asegurar por la fuerza, si fuere necesario, la práctica ejecución de la norma creada.*

Examinemos el alcance de esta definición:

a) La jurisdicción es, ante todo, una función. No solamente una potestad o poder, como algunos la conciben, sino más bien un conjunto de facultades y deberes del órgano que la ejerce.

Frente al poder del órgano está su propio deber de ejercerlo; deber cuya omisión está sancionada como denegación de justicia (Art. 19 C.P.C.) Frente al deber del órgano está a su vez el derecho del particular interesado en su ejercicio.

b) Es una función estatal, vale decir, pública o del Estado; manifestación de la soberanía en referencia a la justicia, la cual se administra en nombre de la República y por autoridad de la Ley (Art. 242 C.P.C.) y sustitutiva de la justicia privada o autodefensa.

c) Crea una norma jurídica individual y concreta. En el Estado moderno, para captar la significación jurídica de las conductas, es necesario acudir a las normas jurídicas generales que sirven para valorar las conductas.

Las normas de derecho son creadas mediante la intervención de ciertas conductas y organizadamente, en diversos planos, siguiendo una cierta gradación jerárquica que especializa cada vez más el acto de creación. Esta gradación ha sido concebida en forma piramidal, de modo que partiendo de una primera categoría normativa (Constitución) que contiene las normas superiores, se va descendiendo en la actividad creativa hacia planos inferiores cada vez más concretos[11]. Así, las conductas que crean las *normales legales* que sirven para valorar otras conductas (Código Civil, de Comercio, de Meno-

11. Cfr. KELSEN, *Teoría General del Estado.* Trad. de Luis Legaz Lacambra, México. 1954, pp. 305-306. IDEM, *La Teoría Pura del Derecho.* Trad. de Jorge Tejerina. Editorial Losada. Buenos Aires. 2a. Edición. 1946. p. 114-115.

res, etc.) encuentran su presupuesto en la Constitución. Las conductas que crean condicionamientos *contractuales* para valorar las conductas de los sujetos que intervienen en el contrato, encuentran sus presupuestos en la Ley (Código Civil, de Comercio, etc.).

La legislación contiene, pues, disposiciones generales y abstractas, necesarias para la comprensión de la conducta de los ciudadanos.

Según enseña Calamandrei, cuyo desarrollo seguimos aquí con fidelidad, en la mayoría de los casos de la vida real, los ciudadanos adaptan su conducta a los condicionamientos contenidos en las normas generales y abstractas creadas por el legislador, y la valoración que hacemos de tales conductas, sirviéndonos de aquellos condicionamientos, nos lleva a calificarlas de lícitas o ilícitas, según se correspondan o no con aquellos presupuestos.

Cuando voy a la tienda y pido el sombrero que está en la vitrina y entrego al propietario del negocio el precio correspondiente, marcado en la etiqueta, he observado una conducta lícita, porque ella se adapta a la norma general contenida en el Art. 1.527 del Código Civil, que establece el deber del comprador de pagar el precio.

En esto consiste la llamada observancia espontánea del derecho.

Pero en muchos casos, en la vida real, la conducta observada por un sujeto, no se adapta a regulaciones contenidas en las normas, no se corresponde con ellas y esta falta de correspondencia de la conducta con los presupuestos que le dan significación jurídica, constituye lo ilícito jurídico.

La creación de las normas generales y abstractas, no la realiza el legislador sin un fin, el cual, en esencia, consiste en asegurar la paz y el orden en las relaciones humanas, declarando a ciertas conductas dignas de protección y tutelando así unos intereses, considerados preeminentes, frente a otros, considerados sacrificados o subordinados a los anteriores. Por ello, toda falta de correspondencia de una conducta con sus presupuestos normativos, afecta un interés de un

sujeto individualmente considerado, o también, en ciertos casos, de la comunidad organizada, lo cual plantea la necesidad de tutela de ese interés, y de solución del conflicto que afecta el orden y la paz sociales.

Pues bien, para realizar la tutela del interés y la defensa de la paz social, es necesario acudir al juez, porque la auto-defensa está prohibida y el Estado ha asumido la función de juzgar, y al juzgar, el juez no hace más que crear una norma jurídica individual y concreta que le da significación jurídica a la conducta de los sujetos que intervienen en el proceso, colocándose así el juez en el último plano de la creación normativa.

d) La creación por el juez de tales normas individuales y concretas no se realiza discrecionalmente, como ocurría en las épocas primitivas de la sociedad. En aquellas épocas –enseña Calamandrei–, sólo cuando un conflicto de intereses individuales ya surgido, amenazaba turbar la convivencia social, el Estado intervenía como pacificador, caso por caso, para dictar la norma que debía servir en concreto para regularlo y al mismo tiempo la hacía observar por la fuerza si era necesario. No se distinguía en aquellas épocas primitivas la creación jurídica en diversos planos, y no existía un órgano específico, que tuviese por misión crear, anticipadamente, las normas generales para valorar la conducta de los coasociados. El juez reunía en sí lo que hoy llamamos la función de legislar y la función de juzgar. Fue más tarde, en un época más avanzada de la sociedad, cuando el Estado, en interés de asegurar la mayor certeza al derecho, separó ambas funciones y creó los tres poderes que hoy conocemos[12].

El sistema de la legalidad, hoy imperante, exige que la conducta del juez, así como también la de todos los órganos estatales, se adapten a las normas legales previamente creadas por el legislador, y que son las que le dan a las conductas su significación jurídica. El principio de legalidad, según la concepción generalmente aceptada, representa pues, la solución que encarna el valor de la *seguridad jurídica*, frente a la otra disyuntiva que afronta el juzgador en el desempeño de su

12. Cfr. CALAMANDREI, ob. cit., Vol. I, p. 25.

cargo, esto es, la decisión discrecional del caso, en aras de una mejor realización del valor justicia[13].

Por ello, el juez no es libre de hacer discrecionalmente las valoraciones jurídicas de la conducta de los sujetos del conflicto, sino que debe basarse en los condicionamientos superiores, generales y abstractos, contenidos en las normas previamente dictadas por el legislador (Código Civil, Comercial, Penal, Procesal, etc.), de tal modo que su acto de creación aparezca dentro de la gradación jerárquica, fundado en unos condicionamientos superiores, y por tanto, como la etapa inferior, más concreta y específica que puede darse en el proceso creativo de los condicionamiento legales.

En el sistema de la legalidad pues, la ley, cuyas valoraciones no fueron tomadas en cuenta voluntariamente por el sujeto al realizar una conducta determinada, está destinada, ahora, a cumplir una función secundaria adicional, esto es, determinar el contenido material de la norma individual y concreta que debe dictar el juez para resolver la controversia sometida a su decisión.

Un ejemplo aclarará estas nociones:

Pedro García, aprendiendo a conducir su automóvil, chocó con la vidriera del comercio de Juan González, que tenía un valor de Bs. 2.000 y la destrozó. Juan González reclama a Pedro García el pago de la expresada cantidad en concepto de reparación del daño, pero éste se niega a hacer el pago, por lo cual se inicia un proceso que el juez debe sentenciar.

En la setencia el juez concluye que conforme al Art. 1.185 del Código Civil, Pedro García debe pagar a Juan González la cantidad de Bs. 2.000 como reparación del daño y en consecuencia lo condena al pago.

Examinemos lo ocurrido:

El juez ha tenido que conocer (objeto) la significación jurídica de las conductas de Pedro García y de Juan González; para ello ha recurrido (medio) al Código Civil, en el cual ha encontrado la norma del Art. 1.185 según la cual: "El que con intención o por negligencia, o por imprudencia ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo", y ha concluido que Pedro García debe pagar Bs. 2.000 a Juan González (sentencia).

Aquí es necesario hacerse cargo de dos cuestiones: a) El juez ha creado con su fallo una norma individual que antes no existía, y que ahora es la que da significación jurídica a la conducta de Pedro García, obligado al pago de Bs. 2.000 y a la de Juan González acreedor a ese pago. b) Esta norma concreta está basada en otra superior creada previamente por el legislador, contenida en el Art. 1.185 del Código Civil.

Como es sabido, los condicionamientos generales y abstractos, contenidos en las normas jurídicas, se caracterizan en su estructura lógica porque en ellos un determinado hecho abstracto (conducta) se enlaza a una consecuencia jurídica también abstracta. Las normas generales constituyen juicios hipotéticos, en cuyo primer miembro se encuentra descrita una conducta que se supone como posible y en el segundo miembro se establece la consecuencia que se debe producir cuando en la realidad se verifique aquella conducta. Ambos miembros van enlazados por la cópula "debe ser", lo que se representa en la fórmula" "Dado A debe ser B"[14].

Esta misma estructura lógica se encuentra en la sentencia, en la cual se determina que existe una conducta concreta de Pedro García (choque contra vidriera de Juan González), se señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a ella (pago de Bs. 2.000) y se verifica concretamente dicho enlace (deber de pagar-condena al pago).

La significación jurídica de la conducta de Pedro García (obli-

13. Cfr. GRANDI, Exposición de motivos, cit. N° 8, Cfr. RODRIGUEZ GARCIA, Fausto. *El Principio de legalidad y el Estado de Derecho*, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. 1958. N° 32, p. 11. Una extensión de la mayor trascendencia en la concepción del principio de legalidad, se debe al esfuerzo de la Comisión Internacional de Juristas, al definir el contenido de este principio como regla de fondo, en tal forma que no se limite solamente al reconocimiento del valor de la legalidad en su sentido estrecho de adhesión de todos los miembros de la sociedad a las leyes adoptadas por las autoridades supremas y a admitir la importancia de una aplicación regular y uniforme de las leyes por aquellos que están subordinados a dichas autoridades, sino más bien a basar el principio de la legalidad en los valores fundamentales de una sociedad libre, entendida ésta como "aquella que reconoce el valor supremo de la persona humana y concibe todas las instituciones sociales y en particular el Estado, como si fuesen servidores del individuo y no sus patronos". Cfr. *El imperio de la ley en las sociedades libres*. Ginebra-Suiza, pp. 214 y ss.

14. Cfr. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit. p. 304. IDEM, *La Teoría Pura del Derecho*, cit. p. 114.

gado a hacer el pago) y la significación jurídica de la conducta de Juan González (acreedor a ese pago) están dadas por la norma individual y concreta creada por el juez en su fallo, y por tanto, la jurisdicción, como función del Estado, se resuelve en la creación de una norma jurídica individual, esto es, constituye una etapa diferente del proceso de creación jurídica, que se caracteriza en su unidad, por la subordinación a la etapa superior, en cuanto que la norma de rango inferior (sentencia) está subordinada y determinada por la norma de rango superior (norma general y abstracta).

e) La doctrina procesal clásica, inspirada en Chiovenda y en Calamandrei, sostiene uniformemente, que el juez no puede crear derecho con su fallo y que la jurisdicción es solamente declarativa de derecho pero no creadora de nuevas situaciones legales.

Esta doctrina distingue entre *la voluntad abstracta* de la ley, contenida en la norma general, y la *voluntad concreta* de la ley que deriva de aquélla y es declarada existente en la sentencia y actuada en la ejecución.

Este proceso de individualización de la norma abstracta se opera según esta posición, cuando con las circunstancias de hecho supuestas en abstracto por la norma, coinciden las circunstancias de hecho que se verifican en la realidad.

En este momento, la voluntad abstracta de la ley se convierte, sin más, en actual y específica, dirigiéndose, en virtud de esta coincidencia, a una persona determinada que aparece ahora como el destinatario concreto e individualizado de aquel mandato. Y esto ocurre *automáticamente*, aun cuando nadie lo solicite, y sin necesidad de que el Estado intervenga caso por caso para constatarlo.

La jurisdicción se concibe así, según esta doctrina, como "la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la sustitución de la actividad de órganos públicos (jueces) a la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, ya afirmando la existencia de la voluntad de ley, ya ordenando ulteriormente su ejecución"[15].

15. Para toda esta cuestión véase CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. Napoli. Jovene. Vol. II. Sez. I, pp. 1 y ss. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. I, p. 30. Cfr. SEGNI, Antonio, *Giurisdizione civile*, en *Nuovo Digesto italiano*. Vol. VI, pp. 387 y ss.

Mas, tal modo de considerar el fenómeno jurisdiccional escapa a la realidad jurídico-objetiva del mismo, porque aquella supuesta voluntad concreta de ley, que se desprende sin más, automáticamente, de la norma general y abstracta, podrá ser una realidad psicológica o intelectual en el sujeto, capaz de determinar a la observancia espontánea del derecho, y por tanto, de interés en el campo extrajudicial o pre-procesal, pero no una realidad jurídico-objetiva existente en el mundo del derecho antes de la sentencia del juez.

En el fenómeno jurisdiccional, las únicas realidades objetivas con las cuales opera el juez son dos: la norma general y abstracta, dictada por el legislador, y la conducta concreta observada por el sujeto en la realidad. Ambas realidades son expresamente declaradas por el juez en la sentencia, quien no las crea, sino que se limita a constatar su existencia y su modo de ser antes del proceso. Pero el fallo, o sea, la resolución dictada por el juez que realiza el enlace de la conducta con la consecuencia querida por la ley, no existía antes del fallo, sino que ha sido creada *ex novo* por el juez, y sólo ella determina ahora en concreto la significación jurídica de la conducta de las partes después del fallo.

Por ello, el acto de jurisdicción es creación, producción o posición del derecho, lo mismo que el acto legislativo, y uno y otro, no son más que dos etapas diferentes del proceso de creación jurídica, la unidad de las cuales se basa en la necesaria subordinación de la etapa inferior a la superior, por cuanto que la norma de orden más elevado –la general y abstracta– determina más o menos el contenido de la norma inferior –la individual y concreta– en tal forma que todo el proceso de creación jurídica constituye una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del derecho[16].

16. Cfr. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., pp. 305 y ss. Idem, *La Teoría Pura del Derecho*, cit. p. 115. Cfr. AFTALION-GARCIA OLANO-VILLANOVA, *Introducción al Derecho*. 5ª Ed. Buenos Aires. Vol. II, pp. 242 y 257. Cfr. COUTURE, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil*, en *Estudio de Derecho Procesal Civil*. Ediar, Buenos Aires, 1948. Tomo I, p. 82, para quien "la sentencia integra el sistema del derecho con el mismo significado que la ley. Esta es el derecho que el legislador determina dentro de la Constitución; aquélla es el derecho que el juez determina dentro de la ley". Cfr. SERRA DOMINGUEZ, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*. Ariel. Barcelona, 1969, p. 109, considera que el juez al aplicar la norma abstracta al caso concreto, crea una nueva norma antes inexistente para regular dicho caso.

f) La creación de la norma individual y concreta la realiza el juez cada vez que surgen conflictos de intereses entre los particulares.

Esta noción de conflicto de intereses, supone la comprensión de la noción previa de interés, con la cual se relaciona estrechamente. Ambas nociones han sido cuidadosamente aisladas por Carnelutti, quien hace de ellas dos conceptos fundamentales de su sistema procesal.

Para Carnelutti es fundamental comprender la noción de interés, tanto para el estudio del derecho procesal, como para el estudio del derecho en general. El interés, para este autor, es una posición del hombre; una posición favorable a la satisfacción de una necesidad. Si interés es una posición del hombre, se comprende que el otro lado o término de la relación sea un bien, de tal modo que uno de esos términos de la relación es el sujeto del interés (hombre) y el otro el objeto del mismo (bien).

Dado que las necesidades del hombre son ilimitadas y los bienes para satisfacerlas limitados, con la noción de interés –dice Carnelutti– se relaciona estrechamente la noción de conflicto de intereses, el cual surge cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad, excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta. Si tengo necesidad de hacerme un traje y también tengo necesidad de curarme una enfermedad, pero no poseo dinero suficiente sino para conseguir una de esas dos cosas, surge un conflicto entre esos dos intereses, el cual en este caso es menos peligroso que en otro casos, porque él se resuelve normalmente con el sacrificio de uno de esos intereses en aras de la satisfacción del otro.

Pero cuando aquel conflicto no surge entre dos intereses de una misma persona, sino entre intereses de dos personas o sujetos distintos, de tal modo que la satisfacción de una de las necesidades implique el sacrificio del interés del otro, la hipótesis es de mayor importancia, porque hay peligro de que sea resuelto el conflicto con la violencia.

He aquí para Carnelutti el origen de todo el fenómeno jurídico. Si la paz social o la tranquilidad pública no pudiese estar amenazada por esos conflictos entre sujetos distintos, el Derecho tal vez no habría nacido. La causa del Derecho está, pues, para Carnelutti, en la posibilidad de los conflictos intersubjetivos de intereses.

Cuando los hombres se ven en la necesidad de acudir al juez para que éste dicte en concreto la regla para resolver mediante ella los conflictos de intereses, imponiéndola a los sujetos del conflicto, la jurisdicción entra en operación y su destino normal es la normal individual en que consiste la sentencia[17].

g) Finalmente la jurisdicción asegura con la fuerza, si es necesario, la ejecución de la norma creada.

Una vez dictada por el juez la norma individual que regula el conflicto de intereses surgido entre las partes y define lo que es el derecho del caso concreto, es todavía posible que el mandato del juez quede sin observancia porque el obligado no adapte su conducta al precepto concreto contenido en el fallo.

Si la jurisdicción no dispusiese de los medios prácticos de hacer efectiva la norma creada, toda la finalidad del derecho y la de la jurisdicción misma quedarían frustradas. La etapa de ejecución forzada, que sigue a la condena, hace posible que el mandato concreto contenido en el fallo, pueda ser prácticamente operativo en el mundo sensible, aun contra la voluntad del condenado.

En una época se enseñaba que la jurisdicción se agota en el "juzgar", esto es, en la sola fase de conocimiento que emplea el juez en el proceso para conocer del litigio y que culmina con el fallo. Pero hoy se admite, generalmente, que la jurisdicción comprende también la etapa de ejecución forzada, etapa que se considera formando parte del "officium iudicis".

Nuestro código, inspirado en el Derecho español, como todos los códigos latinoamericanos, ha establecido un procedimiento para la ejecución de la sentencia, del cual trata en el Título IV del Libro Segundo.

En este Título se atribuye la ejecución forzada de la sentencia al mismo juez que conoció de la causa en primera instancia (Art. 523 C.P.C.), y se establecen los medios legales para hacer posible la ejecución forzada del fallo mediante el embargo y la subasta y venta de los bienes, autorizándose además en los casos en que la sentencia hubiese ordenado la

17. Cfr. CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova. 1926. Vol. I, pp. 3 y ss., especialmente Nos. 1 y 8. IDEM, *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova, 1936. Vol. I, Nos. 2, 3 y 4.

entrega de alguna cosa mueble o inmueble, el uso de la fuerza pública para llevar a efecto la entrega, si fuere necesario (Art. 528 C.P.C.).

En esta forma, nuestro Derecho, siguiendo el modelo español, se separó de la tradición romanista, según la cual, quien había obtenido una sentencia de condena a su favor, debía, para llevar a efecto la ejecución, comenzar por proponer un nuevo juicio (*actio iudicati*) para demostrar que su derecho todavía existía. Para evitar los inconvenientes prácticos y las demoras que suponía aquel sistema, Martino Di Fano, jurisconsulto del siglo XIII, recurrió al concepto del *"officium iudicis"*, según el cual se comprende en éste, todas las actividades que el juez debía cumplir normalmente en virtud de su oficio, como escuchar a las partes, recibir el libelo de la demanda y comunicarlo al demandado, exigir cauciones, fijar los términos para las respuestas y las réplicas, etc., y aun la *ejecución de la sentencia*. En una palabra, se comprendía en el *"officium iudicis"* tanto la etapa de conocimiento, como aquella la ejecución.

De este modo, sin necesidad de recurrir a la vía romana de *actio iudicati*, con los inconvenientes y demoras que suponía el nuevo juicio, se procede directamente a ejecutar la sentencia, sin necesidad de una nueva actio, recurriéndose más simplemente al *"officium iudicis"*[18].

15. *La jurisdicción voluntaria*

De la jurisdicción verdadera y propia, que acabamos de definir, llamada también *jurisdicción contenciosa*, se distingue desde antiguo la *jurisdicción voluntaria*, expresión usada para comprender en ella los actos que los jueces realizan en presencia de una sola persona, sin contradictor, o por acuerdo de muchas, *"inter volentes"*.

La distinción arranca del Derecho Romano, en el cual un pasaje del Digesto atribuido a Marciano, decía: "Todos los Procónsules luego que salen de la ciudad, tienen jurisdicción; pero no

18. Cfr. Para toda esta interesante evolución, véase la magistral obra de LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nell processo d'esecuzione*. Roma. 1936 y también su estudio: *Sobre el juicio ejecutivo, en Estudios de Derecho procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires. 1946, pp. 387 y ss. Cfr. CHIOVENDA, Ensayos, Vol. I. pp. 322-330. Cfr. PODETTI, *Tratado de las ejecuciones*. Buenos Aires. 1952, pp. 11-19.

contenciosa, sino voluntaria: de forma que ante ellos se pueden manumitir y adoptar los libres y los siervos[19].

El significado preciso de tal distinción en el Derecho Romano ha sido objeto de dudas y de variadas interpretaciones, a tal punto que algunos (Solazzi) la considerán apócrifa, debida únicamente a los compiladores, y otros (Lauria) consideran que los actos de jurisdicción voluntaria se diferenciaban de los procesos y no eran jurisdicionales, porque en ellos no se declaraba el derecho[20].

Modernamente son muy diversos los criterios sustentados para caracterizar la jurisdicción voluntaria[21].

a) Una doctrina muy difundida sostiene que la distinción entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, debe basarse en el *fin* a que tienden ambas: la voluntaria tiende siempre a un *fin constitutivo*: a constituir estados jurídicos nuevos y a cooperar al desarrollo de relaciones existentes; mientras que la jurisdicción contenciosa tiende a *actuar* relaciones ya existentes. Si bien es cierto –añade esta doctrina– que existen sentencias constitutivas (que son propiamente jurisdiccionales), ello no impide que la distinción anotada deje de tener validez, puesto que si bien es verdad que la sentencia constitutiva origina un estado jurídico nuevo en virtud del derecho que una parte tiene frente a otra, de lograr esta constitución, en cambio, no sucede lo mismo en la llamada jurisdicción voluntaria, en la cual no se actúa o constituye un nuevo estado o derecho que corresponda a una persona contra otra, porque no existe en la voluntaria lo que propiamente puede llamarse *partes*, es decir, la diferente posición de dos sujetos jurídicos de los cuales uno pretende frente al otro el sacrificio de su interés en beneficio del suyo propio.

19. Cfr. D. 1. 16.2
20. Cfr. Para toda esta cuestión en el Derecho Romano: DE MARTINO, Frencesco. *La Giurisdizione nel diritto romano*. Padova 1937. pp. 279 y ss.
21. Una exposición y análisis muy amplio y profundo de las diversas posiciones sostenidas en esta materia, puede verse en ALCALA-ZAMORA, Niceto, *Premisas para determinar la indole de la llamada jurisdicción voluntaria*, en *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires, 1949, p. 287, publicado también en los Studi in onore di Enrico Redenti. Milano, Giuffre, 1951. Vol. I, pp. 3-55. Para el Derecho mexicano, un estudio muy valioso ha sido publicado por FIX ZAMUDIO, Héctor, en Revista de la Facultad de Derecho de México. Nº 45. Enero-marzo de 1962.

Para distinguir los actos de jurisdicción contenciosa de los de jurisdicción voluntaria –concluye esta teoría– es preciso mirar más a la *sustancia* que a la *forma*. Cuando no se llama al magistrado a *suplir* una capacidad defectuosa, ni a cooperar en la *formación* de estados jurídicos, o al *desenvolvimiento* del comercio jurídico, sino a actuar derechos, o reconocer y reparar las infracciones de deberes jurídicos de particulares hacia particulares, los actos que el magistrado cumple son de jurisdicción contenciosa[22].

b) Actualmente es dominante la teoría que considera a la jurisdicción voluntaria como actividad administrativa y no jurisdiccional, y la define como "la administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales"[23].

Se sostiene que la jurisdicción voluntaria, por su contenido, entra en aquella rama de la función administrativa que se suele llamar *administración pública del derecho privado*, que comprende todas aquellas actividades con las cuales, a través de órganos diversos, y en variadas formas, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas.

Observa esta teoría, que mientras ordinariamente basta la voluntad de los interesados, manifestada en ciertas formas, para producir los efectos deseados, en cambio en otros casos el efecto no puede producirse si la voluntad de los interesados no es integrada con la intervención de un órgano del Estado, el cual, o limitándose a una simple verificación de legalidad o también, algunas veces, a examinar la oportunidad del acto con criterios discrecionales, actúa como colaborador de los particulares para la producción del efecto jurídico deseado y, por tanto, para la satisfacción de aquellos fines que los particulares, a través del negocio, se proponen obtener. En todos estos casos, se está en presencia de una actividad administrativa,

22. Cfr. CHIOVENDA, *Ensayos*, cit. Vol. II, p. 54. IDEM, *Principios*, cit. Vol. I, p. 383. LORETO, Luis. *Gaceta Jurídica trimestral*. Año 1, Nº 2. San Cristóbal. 1932, pp. 132 y ss.
23. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*. cit. Vol. I, p. 75. En este sentido también la jurisprudencia venezolana, que acogiendo la doctrina de REDENTI, considera la jurisdicción voluntaria como una actividad sustancialmente administrativa, si bien no de administración-gestión de bienes públicos. Cfr. *Jurisprudencia de los Tribunales de la República*. Volumen VII, Tomo II, pp. 215-221.

pero ejercida por órganos judiciales; o en otras palabras, de una actividad que sólo orgánicamente aparece como jurisdiccional, pero que es sustancialmente administrativa[24].

c) A esta doctrina objetan algunos autores, que la jurisdicción voluntaria no es una actividad administrativa. Que el Estado actúa en vía administrativa cuando tiende a satisfacer un interés propio o asumido como tal por el Estado y que el fin de la jurisdicción voluntaria no se identifica con el de la administración, porque la administración está dirigida a la satisfacción de aquellos intereses a los cuales el derecho provee en modo primario e inmediato, regulando relaciones en las cuales es parte el Estado, personificado en el mismo órgano que actúa.

Esta diferencia –se añade– aparece más evidente cuando se considera la posición del órgano agente respecto al interés tutelado: en la administración, cada órgano actúa para la tutela de aquel concreto interés estatal del cual es portador; en la jurisdicción voluntaria. Al contrario, el juez desarrolla una actividad imparcial, desinteresada; él no es portador de ningún específico interés público, salvo aquel interés general en la actuación del derecho.

La jurisdicción voluntaria –concluye esta doctrina– se ejercita siempre en relación a intereses individuales y a situaciones jurídicas individuales, aunque sean consideradas como intereses generales por la norma. Así, por ejemplo, es por un interés general que la ley disciplina la tutela y la protección de los menores; pero el juez que nombra un tutor, no provee, como la administración pública, a intereses de carácter general, sino que constituye en el interés del menor, la situación jurídica querida por la norma[25].

d) Entre los autores que consideran a la jurisdicción volun-

24. Cfr. CALAMANDREI, ob cit. p. 76. Dentro de la tesis administrativista se coloca ALLORIO, quien apoya la naturaleza administrativa de la jurisdicción voluntaria, en la falta de la cosa juzgada. Cfr. ALLORIO, *Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria*, en *Problemas de Derecho Procesal*. EJEA, Buenos Aires. Tomo II, pp. 1-46. IDEM: *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato en Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova. 1958, Vol. III, p. 3-82.
25. SATTA, *Dirito Processuale*. 2ª Ed. Padova. 1950, p. 529. Cfr. DE MARINI, Carlo María, *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria* en *Rivista di Diritto Processuale*, 1954, I, pp. 270 y ss.

taria en el campo de la jurisdicción y no de la administración, está Carnelutti, quien encuadra la jurisdicción voluntaria dentro de la jurisdicción verdadera y propia bajo el nombre de "proceso voluntario", al lado del proceso contencioso.

Así como el proceso contencioso sirve para la composición de la litis, el proceso voluntario –explica Carnelutti– tiene por función la prevención de la litis, haciendo imposible el conflicto de intereses. La prevención de la litis es el fin del proceso voluntario, el cual es para el proceso contencioso lo que la higiene para la curación de las enfermedades.

En el proceso voluntario –dice Carnelutti– no se está en presencia de una litis, sino más bien de un "affaire" (negocio) en el sentido de realización de un acto relevante en orden a la tutela de un interés[26].

e) Nosotros pensamos que las dudas y divergencias que plantean las distintas doctrinas examinadas, se deben principalmente al planteamiento erróneo que se hace de la cuestión, al considerar que solamente la contenciosa participa de la esencia de la jurisdicción y que la voluntaria es administración porque no se encuentran en ella ciertas notas propias de la jurisdicción contenciosa. A nuestro parecer, la cuestión no puede plantearse en estos términos tan radicales, porque se llega a resultados contrarios a la tradición histórica del instituto y al derecho positivo.

Entre nosotros, los actos de jurisdicción voluntaria constituyen una parte importante en el sistema del nuevo Código de Procedimiento Civil, el cual dedica toda la Parte Segunda del Libro Cuarto a establecer una normativa completa de la jurisdicción voluntaria, sin precedentes en la legislación procesal venezolana[27].

26. Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, Vol. I, Nº 81. IDEM, *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. de la 5ª. Ed. por Sentis, Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1959, Vol. I, pp. 44 y ss. Conforme: MICHELLI, *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, en Rivista di Diritto Processuale. 1947, I, pp. 40 y ss. IDEM, *Prospective critiche in tema di giurisdizione volontaria*, en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova. 1950. Vol. II, pp. 377 y ss. En contra: ALCALA-ZAMORA, ob. cit., quien considera que la llamada jurisdicción voluntaria nada tiene de jurisdiccional y que no es más que una serie de procedimientos. En el mismo sentido FIX ZAMUDIO, ob. cit.

27. Cfr.*Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Imprenta del Congreso de la República, Caracas–Venezuela. Noviembre de 1975, p. 75.

Según la concepción que se acoge en el nuevo código (Art. 895), "el juez actuando en sede de jurisdicción voluntaria, interviene en la formación y desarrollo de situaciones jurídicas de conformidad con las disposiciones de la ley y del presente código", definición ésta que destaca dos de los rasgos más característicos de la jurisdicción voluntaria: su finalidad *constitutiva* y la naturaleza propiamente *jurídica*, de la actividad que realiza el juez. Pues si bien en ella no existe un conflicto de intereses, o litigio, en el sentido de pretensiones contrapuestas entre partes interesadas, en cambio, el juez está llamado a examinar una situación de hecho concreta y a tomar ciertas resoluciones en interés de la persona respecto de la cual va a surtir efectos la providencia del juez, pero siempre en conformidad con las disposiciones de la ley y del código.

Así, en materia de consentimiento para el matrimonio de menores, el juez ha de tener en cuenta primordialmente el interés moral y material del menor y puede tomar los informes privados que crea convenientes para dar o negar la licencia (Art. 905 C.P.C.).

También en materia de tutela, el juez está autorizado para dictar resoluciones basadas en la ley, cuando no hay mayoría entre los miembros del consejo de tutela (Art. 908 C.P.C.).

Del mismo modo, el juez, con conocimiento de causa, debe proveer lo que sea de justicia cuando el padre necesite autorización judicial para algún acto respecto del cual la exija el Código Civil, y en tales casos el padre debe presentar al juez para su examen el proyecto de lo que se pretenda hacer, o sus bases sustanciales y comprobar la necesidad o utilidad evidente para el menor (Art. 910 C.P.C.).

En todos estos casos, y en otros que sería prolijo enumerar, el juez está llamado a tomar una resolución de tipo jurídico en interés de un sujeto, atendiendo al interés privado de éste, sea patrimonial o moral, y a examinar las circunstancias para resolver lo que sea de justicia.

Quiere la ley asegurar de este modo la mayor certeza y la más imparcial consideración a tales actos, utilizando un órgano y un procedimiento judicial para alcanzarlo.

No puede negarse que *de iure condendo*, tales actividades podrían atribuirse a un funcionario del orden administrativo

y no judicial, pero esta atribución a un órgano distinto nada nos diría en esencia acerca de la naturaleza misma de la actividad realizada, aparte de que sería muy dudoso si una reforma de este tipo pudiese lograr los objetivos de equidad y de justicia que desde antiguo se vienen logrando por la vía judicial.

Un examen de los elementos que intervienen en la jurisdicción contenciosa y en la voluntaria, nos revela que entre ellas existen elementos comunes que son suficientes, a nuestro parecer, para caracterizar ambas actividades del juez como dos formas distintas del mismo fenómeno jurisdiccional y ensayar una definición de la jurisdicción voluntaria capaz de superar las incertidumbres de las diversas teorías examinadas.

Ambas funciones coinciden:

1) En que se inician a *petición* de interesados.
2) En que son realizadas por el *juez* y, por tanto, orgánicamente son jurisdiccionales.
3) La *competencia* del órgano está atribuida legalmente.
4) Requieren un *procedimiento* legal para su realización.
5) Hay en ellas un *juicio* del juez acerca de una *situación de hecho.*
6) Se toma una *resolución* de tipo jurídico.
7) La resolución del juez está referida a un *interés privado.*
8) El juez resuelve *imparcialmente*, como extraño que es a la cuestión y desinteresado en ella.
9) La resolución produce *efectos en la esfera jurídica y patrimonial del interesado.*

En cambio, difieren ambas actividades:

1) La jurisdicción contenciosa resuelve o compone un *litigio*. En la voluntaria no hay litigio, sino un *negocio* (affaire).
2) En la jurisdicción contenciosa por existir litigio hay *partes* contrapuestas que funcionan como legítimos contradictores. En la voluntaria, por no haber litigio, no hay partes, sino interesados o *participantes.*
3) En la jurisidicción contenciosa la resolución del juez produce efectos de *cosa juzgada*, material y formal. En la voluntaria, la resolución tiene entre las partes el efecto

de una *presunción juris tantum* de la situación jurídica declarada o constituida (Art. 898) y también es formalmente inmutable por constituir un *estado preclusivo*, que mantiene la autoridad de la resolución en tanto no cambien los supuestos que le dieron origen[28].

Por tanto, la jurisdicción voluntaria puede definirse siguiendo la línea de pensamiento expresada para definir la jurisdicción, como *aquella función del juez por la cual crea condicionamientos concretos que le dan significación jurídica a la conducta de los solicitantes y que están destinados a mantenerse con validez en tanto no cambien las circunstancias que los originaron y no sean revocados expresamente por el juez.*

16. *La Jurisdicción de equidad*

De la jurisdicción de derecho, que rige en el sistema de la legalidad, imperante en la mayoría de los Estados civilizados contemporáneos, se distingue la *jurisdicción de equidad*, que predomina en las épocas primitivas, cuando imperaba el sistema de formulación del derecho para el caso singular, y en los períodos revolucionarios.

La función creadora que ejercita el juez en la jurisdicción de derecho, se hace aquí más visible y real, a tal punto que aun los impugnadores de aquella concepción admiten que en estos casos se puede hablar de pronunciamientos del juez *creadores de derecho*[29].

En esencia, la novedad de esta clase de jurisdicción consiste en que el juez, para crear los condicionamientos concretos que le den significación jurídica a las conductas de los sujetos que intervienen en el proceso, no tiene que basarse en otros condicionamientos superiores, generales y abstractos contenidos en normas previamente creadas por el legislador, sino que debe basarse en su conciencia o, como se dice, en su sentimiento de *equidad.*

Sin embargo, la decisión que debe dictar el juez según la equidad, no lo autoriza para obrar a su *arbitrio*, o según su *capricho*. La equidad no significa el capricho o arbitrio del juez.

28. Conforme: FIX ZAMUDIO, ob. cit. pp. 102 y 104. *Para la revocación de los actos de jurisdicción voluntaria y los derechos de terceros*, Cfr. F.G. LIPARI, *Rivista de Diritto Processuale Civile*, 1927, II, p. 57.
29. Cfr. CALAMANDREI, *IstituzioniS*, cit. Vol. I, pp. 26 y 80.

La equidad, a que se refiere la ley, dice Satta, tiene una *existencia objetiva*, si bien no manifestada exteriormente antes que el juez la declare. Ella existe objetivamente en la conciencia y en la experiencia general. O como diría Savigny, ella "vive en la conciencia común del pueblo"[30].

Por tanto, el juez que juzga según equidad, si bien no tiene que fundar su decisión en una norma positiva general dictada por el legislador, debe en cambio fundarla en los criterios generales de equidad, vigentes en la conciencia del pueblo en el momento en que dicta su fallo, en tal forma que su decisión no aparezca como el producto del arbitrio o del capricho, sino con la fuerza de convicción que le viene dada, objetivamente, de esa norma general de equidad, que vive y palpita en la conciencia general y que ahora es revelada exteriormente por el juez en su sentencia[31].

En la jurisdicción de equidad, el acto de creación del juez no se limita ya a la etapa inferior, más concreta y específica del proceso creativo de los condicionamientos legales, sino que comprende también la etapa superior de creación de los condicionamientos generales y abstractos que han de ser individualizados en su fallo. Pero aquí el acto de creación de los condicionamientos generales no tiene el significado de una creación arbitraria, caprichosa o subjetiva, que lleve al juez a adjudicar un sentido cualquiera al caso, sino el buscar y reconocer inmediatamente las reglas de la equidad natural, que ordinariamente sólo el legislador puede utilizar para preparar el contenido de su ley, y que ahora, excepcionalmente, deben ser utilizadas directamente por el juez en la decisión del caso[32].

Así como el juez de equidad está vinculado en su decisión por las normas o criterios generales de equidad vigentes en el momento histórico en que dicta su sentencia, también el juez de equidad está vinculado por las disposiciones procesales que dan normas de conducta al juez en el ejercicio de su función. Por tanto, las disposiciones procesales relativas al desarrollo del proceso, aquellas referentes a la constatación de los hechos, las pruebas, la que le ordena tener por norte de sus actos la verdad y buscarla dentro de los límites de su oficio, y las relativas a la sentencia y al deber de motivarlas y fundarlas debidamente. Son normas que han de ser observadas en el juicio de equidad porque como bien expresa Cappelletti, el juicio ético es, ante todo, juicio histórico sobre un hecho verdadero y concreto y no sobre un hecho imaginario o al menos disfrazado por los expedientes a los cuales recurren frecuentemente los litigantes[33].

Dentro del sistema de la legalidad puede darse contemporáneamente la existencia de jurisdicciones de equidad, pero excepcionalmente, para determinados conflictos o relaciones, en los cuales la ley coloca a la equidad como única fuente de regulación de tales conflictos.

Entre nosotros no existen propiamente jurisdicciones especiales de equidad, pero en algunos casos la ley concede al juez cierto margen de discrecionalidad que le permite precisar en la cantidad o en la calidad la consecuencia jurídica del supuesto de hecho de la norma, o bien deja al juez árbitro de suspender o limitar la producción de la consecuencia o de escoger entre dos efectos diversos, o finalmente de adoptar las providencias que considere más convenientes a las circunstancias del caso. En tales hipótesis no estamos propiamente en el campo de la jurisdicción de equidad, sino más bien en el caso de un poder discrecional limitado, que da origen a las decisiones que la doctrina caracteriza como sentencias *determinativas o dispositivas*.

Son ejemplos de esta especie, entre nosotros, la facultad que conceden los Arts. 289 y 290 del Código Civil al juez, para fijar los alimentos y para la cesación, reducción o aumento de los mismos, según las circunstancias. La que confiere el Art. 655 del mismo código al juez para *conciliar el interés de la agricultura y el de la industria con el respeto debido a la propiedad*, en las controversias que se suscitan sobre el uso de las aguas. La disposición del Art. 1.160 del Código Civil, que permite una integración de la equidad a las reglas expre-

30. Cfr. SATTA, Salvatore, *Diritto Processuale Civile*. 2ª Ed. Padova. 1950. pp. 116 y 309. Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, cit. p. 42.
31. Cfr. En este sentido también CAPPELLETTI, Mauro, *Il giudizio d'equitá e l'appello*, en *Rivista de Diritto Processuale*, 1952, I, p. 147.
32. Cfr. CALAMANDREI, *El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad, en Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires. 1945, p. 77.

33. Cfr. CAPPELLETTI, ob. y loc. cit., p. 148.

sadas en los contratos para hacer obligatorio el cumplimiento de las consecuencias no previstas pero que se deriven *según la equidad, el uso o la ley*. Los Arts. 1.187 y 1.188 del mismo código, que remiten a la *equitativa apreciación del juez*, la indemnización a acordarse en los casos de daños causados por una persona privada de discernimiento o por otra en estado de necesidad, etc.

Más difícil de caracterizar es el caso del Art. 571 del Código Civil, según el cual se regulan por los principios de la *equidad* las cuestiones relativas a la accesión respecto de los bienes muebles y hace pensar en el juicio de equidad para estas controversias. Sin embargo, no parece que el legislador haya querido sustituir en este caso el juicio de derecho por el juicio de equidad, pues las disposiciones que seguidamente consagra el código, "para servir de regla al juez para decidir en los casos no previstos", constituyen, a nuestro parecer, criterios generales de equidad que al ser objetivados por el legislador en las disposiciones del código para servir de regla al juez al decidir los casos no previstos, se convierten en disposiciones legales positivas obligatorias para el juez y que, a lo sumo, revelan que la equidad no está excluida como criterio informador del juicio de derecho.

En todos estos casos, nos encontramos en esencia con lo que la doctrina ha calificado de "*concepto indeterminado*", al cual acude el legislador en ciertos casos para "vigorizar las bases éticas del ordenamiento jurídico, equilibrar tensiones sociales y contribuir a domeñar una impetuosa y turbulenta evolución técnica y social[34].

El concepto indeterminado –enseña Henke–, por su "carácter abierto", es utilizado por el legislador para transferir al juez el hacer concreta una norma, y por la remisión a valores y reglas extrajurídicas, manda al juez, que al determinar el derecho se oriente por valores culturales, principios experienciales de las ciencias naturales, reglas de la vida económica, exigencias de la ética social, etc; esto es, que emplee esos datos en la construcción de sus premisas mayores y les dé así acceso al derecho. Conceptos indeterminados tales

34. HORST-EBERHARD HENKE, *La cuestión de hecho. El Concepto indeterminado en el Derecho Civil y su casacionabilidad*. Trad. de Tomás A. Banzhaf. EJEA. Buenos Aires, 1979, p. 55.

como: "tolerabilidad", "equidad" "adecuación", "buena fe", "buen padre de familia", sirven al juez para la determinación del derecho, completando o integrado la norma que le remite a esos conceptos[35].

Y en verdad –como lo enseña también Stein–, en muchos casos, en los preceptos jurídicos no están expresados con precisión por la ley el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica. "Todos los giros lingüísticos de nuestras leyes que indican una referencia a "la naturaleza del negocio" o de la cosa, al "uso o a la costumbre del tráfico", a "las buenas costumbres" que no deben conculcarse, a "la buena fe" y "equidad", al "orden debido" y a conceptos similares, pueden reducirse a esta fórmula: "lo que el juez, basándose en su conocimiento de las circunstancias de la vida, considere como contenido normal, típico, obtenido por inducción a partir de numerosas observaciones, eso será Derecho"[36].

De esta forma, los conceptos indeterminados actúan engendrando derecho o consecuencias jurídicas, según la ley apele al conocimiento del juez para completar el supuesto de hecho o la sanción jurídica; y el juez, para realizar esta delicada función que le asigna la ley, se sirve con gran frecuencia y provecho, de las máximas de experiencia, de las cuales se tratará más adelante (*infra:* Nº 60. 1.C).

El nuevo código prevé en el Art. 12 que el juez debe atenerse en sus decisiones a las normas de derecho *(jurisdicción de derecho)*, a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad *(jurisdicción de equidad)*. Y el Art. 13 le autoriza, además, a decidir el fondo de la causa con arreglo a la equidad, cuando las partes, de común acuerdo, así lo soliciten, y la controversia se refiera a derechos disponibles. Así, a la regla general de la jurisdicción de derecho, que es una manifestación fundamental del principio de legalidad en el proceso civil, se introduce la excepción de la jurisdicción de equidad, cuando la ley la autorice o cuando las partes, de común acuerdo, así lo soliciten.

Con esta previsión, el nuevo código no está elevando la equi-

35. Cfr. HENKE, ob. cit. pp. 56-57.
36. Cfr. FRIEDRICH STEIN, *El Conocimiento Privado del Juez*. Trad. española de Andrés de la Oliva Santos. Universidad de Navarra. Pamplona. 1973, pp. 56-57.

dad a fuente de derecho, misión ésta que corresponde a la ley material y excepcionalmente a la concorde voluntad a las partes, sino estableciendo la norma procesal, dirigida al juez, que hace posible la actuación de la ley o de la voluntad de las partes, que someten la decisión de la causa a la equidad.

Bajo el régimen del código derogado, se reconocía a las partes en el procedimiento del *arbitramento*, recurrir a los *árbitros arbitradores*, que proceden con entera libertad, según les parezca más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la *equidad* (Art. 510); y el nuevo código ha mantenido esa disposición (Art. 618), por lo que no se ve ninguna razón válida para no reconocer a las partes el derecho de dirigirse con igual confianza al juez del Estado y remitirse a su prudente sentimiento de equidad.

En conclusión, de todo lo expuesto se sigue que el poder del juez de decidir según la equidad, tiene dos manifestaciones principales: una, limitada, cuando el legislador no expresa con precisión en el precepto jurídico el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, sino que remite al juez al concepto indeterminado de *la equidad*, caso en el cual el juez completa o integra la norma basándose en lo que según su conocimiento de las circunstancias de la vida y del sentimiento común de la equidad, responde mejor a la resolución del caso concreto. La otra, más amplia e intensa, cuando la ley, o la voluntad de las partes, autorizan al juez a decidir según la equidad (Arts. 12 y 13 C.P.C), esto es, aplicando una regla que no está escrita en ningún código, pero que está expresa y es sentida por el hombre medio en un determinado momento histórico, caso en el cual, el juez prosigue la obra del legislador, realizando en el caso concreto la tutela jurídica con la valoración más libre –pero no arbitraria– de aquellos elementos que en general el legislador tiene en consideración al dictar la norma jurídica[37].

17. *La inderogabilidad convencional de la jurisdicción*

El nuevo código introduce entre las disposiciones fundamentales del TITULO PRELIMINAR (Art. 2), el principio de que

37. Cfr. STEIN, ob. cit. pp. 58-59. Para el derecho italiano: Rel Grandi Nº 8. CALAMANDREI, *Istitutioni*, cit. Vol. I p. 26. ANDRIOLI, *Commento*, Vol. I, pp. 326 y ss. MICHELI, *Curso de Derecho Procesal Civil*. EJEA. Buenos Aires. 1970. Vol. I. p. 261.

la jurisdicción venezolana no puede derogarse convencionalmente en favor de una jurisdicción extranjera ni de árbitros que resuelvan en el exterior, cuando se trate de controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República o sobre otras materias que interesan al orden público o a las buenas costumbres. En todos los demás casos, se aplicarán los Tratados y Convenciones Internacionales suscritas por Venezuela.

Siendo la jurisdicción una función pública, o del Estado, y una manifestación de la soberanía en relación a la justicia, la jurisdicción se extiende tanto como la soberanía de la cual es manifestación y termina como es lógico allí donde empieza la soberanía de otro Estado. Por ello, los jueces de un Estado no pueden evidentemente ser competentes para todas las controversias del mundo, por lo que es necesario que cada Estado delimite su jurisdicción frente a los demás Estados que forman la comunidad internacional.

Sería abusiva una ordenación jurídica que no considerara un reparto equitativo de competencia entre todos los Estados, contrariamente al espíritu de la comunidad internacional, y que pretendiese imponer su competencia procesal para todas las litis, con prescindencia de los vínculos de conexión que la misma pueda tener con el Derecho de otro Estado soberano.

Así los límites que el Estado Venezolano pone a su propia jurisdicción, obedecen en unos casos a la existencia de los diversos órganos judiciales del propio Estado, para distribuir entre ellos el conocimiento de las controversias con arreglo a criterios determinados por la ley procesal (competencia) y, en otros casos, a la existencia de otros Estados soberanos con los cuales la controversia pueda tener alguna conexión, en los cuales el Estado fija límites *externos* para delimitar su jurisdicción frente a la de los Estados Extranjeros[38].

Desde el punto de vista metodológico, la disposición del artículo 2 que prohíbe la derogación de la jurisdicción venezolana en los casos en ella contemplados, ha sido incluida en el Título Preliminar del nuevo código, junto con las disposicio-

38. Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, Vol. II, Sez I, Nº 147. CALAMANDREI, *Istituzioni*, Vol. II, p. 62. MORELLI, *Derecho Procesal Civil Internacional*. Trad. Sentis Melendo. EJEA. Buenos Aires. 1953. pp. 2 y ss. LENT, *Diritto Processuale Civile* Tedesco. Morano Editore. Trad. Ricci. 1962. pp. 31 y ss.

nes de los Artículos 1, 3 y 4 por tratarse de normas fundamentales relativas a la jurisdicción, que es la institución que encabeza el código. Siguiendo la dirección y la mentalidad predominante en nuestra época de considerar el fenómeno procesal, más bien desde el punto de vista de la jurisdicción y del juez (*supra:* n. 11) sin perjuicio de tratar más adelante, en la Sección IV de la competencia procesal internacional, donde se desarrollan los criterios atributivos de jurisdicción; del mismo modo como se trata en dicho Título del principio que las partes están a derechos (Art. 26) que antes era tratado en el Título de las Citaciones, pero que por su trascendencia en la estructura del código, ha sido elevado al rango de disposición fundamental, junto con las demás que se contemplan en el Título Preliminar.

La norma del artículo 2 del nuevo código, tiene esta característica: determina la jurisdicción del Estado Venezolano y la inderogabilidad de la misma frente a los demás Estados Extranjeros, cuando se trata de controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o sobre otras materias que interesan al orden público o a las buenas costumbres. El principio fundamental que recoge el Artículo 2, corresponde pues, al sistema de normas que constituyen el Derecho Procesal Civil Internacional, y por ello se relaciona con el artículo 53, ordinal 1º *(competencia procesal internacional)*; con el Artículo 851 *(exequátur)*, con el artículo 6º del Código Civil, según el cual no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres, y con el artículo 85 de la Constitución (irrenunciabilidad de las leyes que establezcan beneficios y protección a los trabajadores). En todo lo demás, la norma deja a las partes interesadas en libertad de someterse a la jurisdicción de los Estados Extranjeros, que es un principio universalmente aceptado y acogido por Venezuela en el artículo 318 del Código Bustamante, que trata de las reglas generales de competencia en lo civil y mercantil, según el cual: "Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario. *La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación*".

Se acata así, en la disposición del Artículo 2, este principio fundamental del Artículo 318 del Código Bustamante, que es ley de la República, no reservado al ratificarse ese Tratado, y amplía la facultad de las partes para someter igualmente las controversias que no se refieran a bienes inmuebles situados en el territorio de la República, ni afecten al orden público o a las buenas costumbres, a la decisión de árbitros que resuelvan en el exterior, materia ésta contemplada en el Artículo 432 del Código Bustamante, que había sido reservado por Venezuela junto con las demás reglas de dicho código relativas a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros (Arts. 423 y 433), para dar también así acatamiento a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975[39], y a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979[40], ambas aprobadas por Venezuela sin reserva alguna.

Conforme al Artículo 1º de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional: "Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas en relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará por escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex". Y conforme a los Artículos 1 y 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos civiles, comerciales o laborales en uno de los Estados partes, tendrán eficacia extraterritorial, si cumplen las formalidades expresadas en el Art. 2, entre ellas (letra h): "Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución"; y en todo caso, requieren del *exequátur* (Art. 6).

39. Cfr. *Gaceta Oficial* Nº 33.170 del 22-2-85.
40. Cfr. *Gaceta Oficial* Nº 33.144 del 15-1-85.

La redacción original del Art. 2 en el Proyecto de 1975, sufrió modificaciones en la Comisión Legislativa del Congreso de la República, en consideración al Tratado y Convenciones Interamericanas mencionados.

Originalmente el Artículo 2 del Proyecto se inspiró en el Art. 2 del Código de Procedimiento Civil italiano de 1942 que mantenía un concepto muy restringido de la inderogabilidad convencional de la jurisdicción a favor de una jurisdicción extranjera o de árbitros que resuelvan en el exterior. La evolución del Derecho Internacional y del comercio internacional hicieron necesario un cambio en aquella concepción limitada y estrecha que impedía el desarrollo de las relaciones comerciales e internacionales. La propia Italia se hizo parte de dos convenciones internacionales: la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, del 10 de junio de 1958 que entró en vigencia en Italia el 1º de mayo de 1969, y la Convención de Ginebra de 1961 sobre el Arbitraje Comercial Internacional, que entró también en vigencia en Italia el 1º de noviembre de 1970[41]. La Convención de Nueva York abrió a los ciudadanos italianos la escogencia entre el arbitraje italiano y el arbitraje internacional, en las materias en que hay la posibilidad de comprometer en árbitros; derogó el Art. 2º C.P.C., y el Art. 800 relativo a las sentencias arbitrales extranjeras quedó modificado y ampliado.

En esta materia no existen más límites que los que imponen las leyes, en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres, entendido generalmente el orden público como "el conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico o moral, propias de una comunidad determinada, en un momento histórico determinado, que fundamentan su derecho positivo y que éste tiende a tutelar"[42].

41. Cfr. MINOLI, Eugenio. *L'entrata in vigore della Convenzione di New York sul Riconoscimento e L'esecuzione delle Sentenze Arbitrali Straniere*, en *Rivista di Diritto Processuale* 1969, pp. 539 y ss. PIERGROSSI, Alberto. *L'Italia e la Convenzione di Ginevra del 1961 sull'Arbitrato Commerciale Internazionale*. Riv. cit. 1971, pp. 707 y ss. MIGLIAZZA, Alessandro y LUZZATO, Ricardo. *Le Convenzioni Internazionali in tema di Arbitrato e il Diritto Italiano*. Riv. cit. 1973, pp. 214 y ss.

42. COUTURE, *Vocabulario Jurídico*. Montevideo. 1960. Voz: Orden Público.

La especificación de cuáles son las leyes o reglas en que están interesados el orden público o las buenas costumbres es cuestión que va determinando la jurisprudencia, mediante el examen de las valoraciones que pueden considerarse como fundamentales del derecho positivo en un momento histórico determinado. Pero en algunos casos, el legislador, o el constituyente, expresa una regla positiva que los jueces no pueden desconocer, porque ella actualiza lo que considera en ese caso el legislador o el constituyente como una manifestación concreta de leyes o reglas en que está interesado el orden público. Así ocurre, por ejemplo, con el Artículo 85 de la Constitución que se refiere al derecho social del trabajo y su protección, al establecer que: "son irrenunciables por el trabajador las disposiciones que la ley establezca para favorecerlo o protegerlo". También ocurre lo mismo con la institución del matrimonio, la nulidad del matrimonio y el divorcio, la interdicción e inhabilitación, la Ley Tutelar del Menor, y en general, en materias atinentes al estado y capacidad de las personas en las cuales se hace intervenir al Ministerio Público, como órgano autónomo, en resguardo de derechos e intereses que la organización social y jurídica de la Nación considera vinculados al orden público. Pero en otros campos de la vida jurídica, como ocurre en el de las obligaciones y contratos, se garantiza la autonomía de la voluntad, mediante reglas que permiten a dos o más personas constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico, hasta tal punto que la ley atribuye a esos convenios o contratos la fuerza de ley entre las partes, sin que puedan revocarse sino por muto consentimiento, o por las causas autorizadas por la ley.

En ese ámbito, el orden jurídico y social no considera necesario la tuición de los intereses privados envueltos en la convención, porque en el campo de los intereses privados, generalmente disponibles, el interés de la parte misma y la autonomía de su voluntad, constituye el mecanismo más apropiado y eficaz de protección de esos intereses, de los cuales puede disponer libremente el interesado. En este campo entran, como se ha visto, la sumisión expresa o tácita de las partes al juez de un Estado extranjero o a árbitros que resuelvan en el exterior, para la resolución de las controversias civiles, mercantiles o laborales, y las sentencias y laudos que

se dicten, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados partes, siempre que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución.

En concordancia con el Art. 2 se encuentra el Art. 4, según el cual: "La jurisdicción venezolana no queda excluida por la pendencia ante un juez extranjero de la misma causa o de otra conexa con ella, salvo en los casos previstos en el Art. 2".

La previsión es necesaria bajo el sistema del nuevo código, porque como ya se ha visto (*supra:* n. 94) desde el punto de vista de la competencia *interna*, la relación de litispendencia entre dos o más causas, que es la relación más estrecha que puede darse, tiene como efecto que la causa idéntica, en la cual no ha sido citado el demandado, o lo ha sido con posterioridad, se extingue; por lo que convenía dejar claro si desde el punto de vista *externo*, de la competencia procesal internacional, la pendencia de la misma litis ante un juez extranjero, excluye la jurisdicción venezolana, porque evidentemente, aquellas reglas de la competencia interna no son aplicables por analogía a la competencia procesal internacional, pues suponen la existencia de dos jueces sometidos a un único ordenamiento procesal y además, no existe la *eadem ratio*, que justifique la extensión de la regla de la competencia interna a la internacional, porque siendo la cuestión de la litispendencia la aplicación del principio *ne bis in idem*, vale decir, de la economía de los juicios, el ordenamiento venezolano no tiene en cuenta el dispendio de energía jurisdiccional provocado en el exterior por el procedimiento, a menos que lo contemple expresamente, como ocurre cuando se dan las jurisdicciones concurrentes, lo que no es tampoco el caso. Por ello, la exclusión de la jurisdicción venezolana, según el Artículo 4 C.P.C., tiene carácter excepcional, en los casos previstos en el Artículo 243.

La materia que estamos tratando, no debe confundirse con la llamada "Inmunidad de Jurisdicción", que se refiere a los Estados, a sus jefes y a los funcionarios diplomáticos acreditados en ellos[44].

43. Cfr. LA CHINA, Sergio, *"La Connessione net Diritto Processuale Civile Internazionale"*, Riv. Dir. Proc. 1988, pp. 344 y ss.

En sus orígenes, este principio se fundaba en el concepto de la absoluta igualdad de los Estados soberanos, expresado en el adagio: *Par in parem non habet juridictionem*, y bastaba que el demandado ante cualquier tribunal fuera un Estado extranjero para que dicho tribunal declinara su competencia.

Sin embargo, hacia fines del siglo XIX la inmunidad de jurisdicción comenzó a sufrir limitaciones.

Los tribunales europeos comenzaron a descartar la inmunidad en tres casos: en materia inmobiliaria, en materia de sucesiones y cuando el Estado extranjero era el demandante, pues en este caso se consideraba que había renunciado a su inmunidad.

La tendencia a limitar el alcance de la inmunidad de jurisdicción se acentúa en el siglo XX y empieza a considerarse más la naturaleza de la actividad referida a los tribunales que la calidad del litigante.

Los tribunales italianos y luego los tribunales belgas, fueron los primeros que adoptaron la distinción entre actos *jure gestionis* y actos *jure imperium*, esto es: que cuando el Estado obra por vía de autoridad, ejerce el poder público y actúa *jure imperium*, por lo que no puede ser objeto de ninguna acción ante los tribunales; pero al contrario, cuando ejerce una actividad semejante a la desarrollada por los particulares, entonces actúa *jure gestionis*, y nada se opone a que los tribunales conozcan los litigios surgidos.

Los Estados americanos, ya desde la adopción del "Código Bustamante", el 20 de febrero de 1928, establecieron limitaciones a la inmunidad absoluta.

En efecto, si bien se establece en dicho código que la regla general es la incompetencia cuando las partes son Estados contratantes o sus jefes, se deja a salvo el caso de *sumisión*

44. Cfr. Para toda esta materia, SANCHEZ BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio. *Derecho Internacional Privado.* 3ª Ed. Cultural, S.A., La Habana. 1943, Tomo III. pp. 103 y ss. MAEKELT, Tatiana, *Inmunidad de Jurisdicción de los Estados*, en *Libro Homenaje a José Melich Orsini.* Caracas 1982. Vol. I, pp. 213 y ss. y PROCURADORIA GENERAL DE LA REPUBLICA: *20 años de doctrina de la Procuraduría General de la República.* 1962-1981. Avila Arte, S.A. Caracas-Venezuela, 1984 Tomo IV, Vol. II, pp. 169 y ss. También MORLES HERNANDEZ, *La Inmunidad de Jurisdicción y las Operaciones de Crédito Público*, en *Estudios sobre la Constitución: Libro Homenaje a Rafael Caldera.* U.C.V. Caracas, 1979. Vol. III, pp. 1701 y ss.

expresa o de *demandas reconvencionales* (Art. 333). En el mismo caso y con la propia excepción, se excluye la posibilidad de sumisión, cuando se trata de acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si lo prohíbe la ley de situación (Art. 334). También si el Estado o su Jefe han actuado como particulares o personas privadas, los jueces o tribunales son competentes para conocer de los asuntos en que se ejerciten acciones reales o mixtas, si la competencia les corresponde respecto a individuos extranjeros, conforme al mismo código (Art. 335). Y finalmente, si se trata de juicios universales, se aplica la regla del Art. 335, sea cual fuere el carácter con que actúe en el juicio el Estado extranjero contratante o su Jefe (Art. 336).

Las disposiciones mencionadas se aplican, por mandato del Artículo 337, a los funcionarios diplomáticos extranjeros y a los comandantes de buques o aeronaves de guerra, pero los Cónsules extranjeros, no están exentos de la competencia de los jueces y tribunales civiles del país en que actúan, sino para sus actos oficiales (Art. 338).

No habiendo hecho Venezuela reserva alguna a estas reglas, ellas constituyen derecho vigente de la República, de aplicación preferente a la legislación local, conforme lo dispone el Artículo 8º del Código de Procedimiento Civil.

Más recientemente, la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados y su Protocolo Adicional, ambos de fecha 16 de mayo de 1972, dispone en su Art. 4 que los Estados contratantes no pueden ampararse en la inmunidad cuando las actuaciones judiciales se refieran a obligaciones que por razones del contrato deban cumplirse en el Estado del foro, exceptuando, no obstante, el caso en que ambas partes en el contrato sean Estados.

Del mismo modo, en los Estados Unidos de América, la Ley sobre Inmunidad de los Estados Extranjeros, de 1976, establece que los Estados no gozan de inmunidad de jurisdicción en los tribunales de otros Estados en relación a su actividad comercial y que los bienes comerciales de éstos pueden ser objeto de ejecución en cumplimiento de las sentencias dictadas en relación a tal actividad. Y en relación a los contratos internacionales, después de reconocer la inmunidad como regla general, establece como excepciones a la misma: 1. El caso

de renuncia expresa o tácita a la inmunidad, y 2. Cuando la acción se funde en la actividad comercial realizada por el Estado extranjero en los Estados Unidos, o en actos ejecutados en dicho país en relación a actividad comercial realizada fuera del mismo, o en actos que aunque ejecutados fuera de los Estados Unidos y en relación a actividad comercial realizada fuera de él, produzcan efectos en dicho país[45].

Caso especial lo constituye en Venezuela el relativo a la inmunidad de jurisdicción del Estado venezolano en los contratos de interés público, para los cuales los Artículos 126 y 127 de la Constitución exigen la aprobación del Congreso Nacional y se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual: "Las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras".

La inteligencia de dichas disposiciones de la Constitución y especialmente la del Artículo 127, ha venido siendo fijada por la doctrina de la Procuraduría General de la República. La Constitución de 1961 en su Exposición de Motivos asienta:

"En cuanto a las cláusulas en contratos de interés nacional que han de dejar a salvo la soberanía y la seguridad de la República y que son ordenadas en las Constituciones anteriores, la redacción de los artículos respectivos se ha adaptado a la índole de los documentos, para no desconocer variedades surgidas en la evolución del Derecho Internacional, y ha sido consultado cuidadosamente con expertos de la Cancillería". (Ver *Diario de Debates*. Cámara del Senado. 1960. Nos. 1 al 28, p. 243).

Como lo sostiene la doctrina de la Procuraduría, la Constitución actual introduce una modificación en relación a las anteriores, puesto que de una norma de alcance limitado que contemplaba inmunidad de jurisdicción para todos los contratos de interés público se evoluciona hacia una norma que permite excluir la cláusula en aquellos contratos que por "su natu-

45. Cfr. MAEKELT, *Tatiana*, ob. cit. p. 221.

raleza" así lo exigen. Esto es, de una etapa en la cual se consideraba como principio, que toda persona privada que contrataba con un Estado soberano se sometía por ese solo hecho a las leyes de ese Estado y paralelamente a su jurisdicción –afirma la Procuraduría–, se evoluciona hacia una etapa en la cual la sola cualidad de Estado soberano no es suficiente para descartar la competencia de los Tribunales extranjeros ni las reglas que regulan los conflictos de leyes. En esta evolución, los Tribunales también han aplicado ampliamente la distinción entre actos *jure imperi* y actos *jure gestionis* para la delimitación de la inmunidad de jurisdicción del Estado contratante.

La tendencia hacia la mencionada distinción, está generalizando la práctica, admitida en Derecho Internacional, de la renuncia de la inmunidad de jurisdicción del Estado contratante en los casos en que actúa *jure gestionis*.

En este orden de ideas, podemos concluir con la Procuraduría, en que el Artículo 127 de la Constitución no podría llegar a considerarse como una imposibilidad absoluta de someter las relaciones contractuales asumidas por el Estado Venezolano a las leyes y jurisdicciones extranjeras. La tendencia actual de los Estados es la de fundar la inmunidad en razones de oportunidad, tomando en cuenta las características de las mutuas prestaciones y fundamentalmente la actitud observada por el Estado a que pertenece el contratante extranjero cuando, en casos análogos, dicho Estado asume la posición de sujeto de relaciones contractuales, es decir, consideraciones de reciprocidad[46].

La cuestión ha sido de gran actualidad en Venezuela en materia de empréstitos públicos de carácter internacional, que implican para el Estado una obligación financiera internacional y en los cuales existe la tendencia cada vez más generalizada de los entes de financiamiento, de exigir la inclusión en el respectivo contrato, de cláusulas en las cuales el Estado prestatario renuncia a su inmunidad de jurisdicción[47].

La práctica gubernamental de Venezuela en esta materia,

46. Cfr. *20 Años de Doctrina de la Procuraduría General de la República*. cit. pp. 186 y ss.
47. Cfr. *Doctrina de la Procuraduría General de la República*. Año 1974. pp. 44/45 y *20 Años de Doctrina*, cit. p. 193.

acepta, en opinión de la Procuraduría, la consideración de actos de naturaleza mercantil de los empréstitos públicos externos, susceptibles de ser objeto de cláusulas de renuncia de inmunidad de jurisdicción por parte del Estado prestatario, puesto que cuando se ha colocado en situación de prestamista, a través de sus entes de financiamiento con aceptación de bonos de la deuda pública externa, ha exigido como condición la inclusión en el respectivo contrato de cláusulas que acuerden la competencia de la jurisdicción venezolana para conocer de las dudas y controversias que susciten dichos contratos, o a lo sumo, el sometimiento de las posibles controversias a Tribunales Arbitrales con sede en Venezuela[48]. Así fue convenido en los llamados "Contratos de Cooperación Financiera" celebradas en 1976 entre Venezuela como prestamista –a través del Fondo de Inversiones– y Perú, Jamaica, Costa Rica, Panamá y Santo Domingo; práctica ésta comúnmente desarrollada a nivel internacional, que no constituye una voluntad de atentar contra la soberanía de los Estados prestatarios sino una salvaguarda especial de los intereses patrimoniales de la República.

48. Cfr. *20 Años de Doctrina de la Procuraduría*, cit. Tomo IV, Vol. II, p. 197.

CAPITULO III

LA ACCION

SUMARIO

18. *Introducción*

Después de haber examinado en el capítulo anterior el primero de los tres términos del trinomio sistemático fundamental del Derecho Procesal Civil, corresponde ahora estudiar el segundo: la acción. Aquí el fenómeno jurisdiccional se examina, no desde el punto de vista del Estado que administra justicia, sino desde la posición del ciudadano que pide justicia.

Este examen tiene la mayor trascendencia en esta materia, no solamente porque la acción es una realidad práctica, con la cual tomamos contacto cada día en el mundo del proceso civil, sino además porque en torno a esa noción se viene tratando en una interminable polémica, que dio origen a mediados del siglo pasado a las más serias investigaciones sobre el proceso civil y que no ha terminado todavía, a tal punto que, como advierte Alcalá Zamora y Castillo, de la acción no sabemos aún ni lo que es ni dónde está.

Sin embargo, no obstante las imprecisiones conceptuales que rodean a esta noción, una observación empírica de la acción revela inmediatamente, aun a aquellos que no son juristas, que la acción se presenta como una actividad correspondiente a aquel a quien no le es ya lícito obrar por la fuerza, y que esta actividad, por regla general, es la condición necesaria para que entre en operación la jurisdicción.

Una vez cumplida la evolución histórica que condujo a la absoluta prohibición de la autodefensa y a la asunción por parte del Estado de la facultad de administrar justicia, la acción material o física que originariamente ejercía el titular del

derecho para la defensa del mismo, se transforma en la acción civil o facultad del particular de invocar la protección del Estado para la defensa de su derecho.

Parece, pues, como si en compensación de la prohibición impuesta al individuo de hacerse justicia por sí mismo, le sea reconocida la facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia.

Pero al mismo tiempo la acción se presenta empíricamente como una condición de la jurisdicción, la cual no entra en operación oficiosamente, sino a requerimiento del particular interesado en su ejercicio. (Nemo iudez sine actore – Ne procedat iudex ex officio.)

La regla general es que no se tiene jurisdicción sin acción; esto es, que la justicia no se mueve si no hay quien la solicite. Sólo por excepción el juez puede proceder de oficio, sin ser requerido, como ocurre en materia penal y en materia civil en los casos de interdicción, inhabilitación, quiebra, etc., que puedan ser promovidas y declaradas de oficio, sin petición de parte[1].

La acción se presenta así, empíricamente, como una situación de ventaja del ciudadano respecto de la actividad jurisdiccional del Estado, lo cual ha llevado a su confrontación con otras situaciones de ventaja existentes en el ordenamiento jurídico y en particular con aquella que se designa con el término de derecho subjetivo. ¿Es la acción un elemento del derecho subjetivo? ¿Es una parte, un momento, una determinada manifestación del mismo? ¿Es respecto a éste, un derecho autónomo, accesorio, instrumental, primario, secundario? Y si es un derecho, ¿hacia o contra o frente a quién está dirigido?[2]

Tales son las interrogantes que los procesalistas han tratado de responder, desde el inicio de la polémica, con las diversas teorías acerca de la acción que examinaremos ahora.

19. *Acción y derecho subjetivo*

En el Derecho Romano, un célebre pasaje de Celso definía la acción en los siguientes términos: *"Nihil aliud est actio quam*

1. Cfr. PEKELIS, *Azione, en Nuovo Digesto italiano*, Vol. II, p. 91, Nº 4. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. I, pp. 99 y ss.
2. Cfr. PEKELIS, ob. cit. Nº. 3, p. 94. Cfr. CALAMANDREI, ob. cit. p. 107.

ius quod sibi debeatur iudicio persequendi"[3], que significa: "La acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe".

Siguiendo esta definición romana, la escuela francesa de derecho civil sostenía que no hay diferencia alguna entre la acción y el derecho subjetivo sustancial. La acción no es más que el mismo derecho subjetivo en su tendencia a la actuación; el derecho subjetivo en movimiento. Expresándolo con una metáfora más literaria que científica, decían que la acción era "*le droit casqué et armé en guerre*"[4].

Una variante de esta posición civilista se debe a Savigny, quien considera la acción como el aspecto particular que asume todo derecho como consecuencia de una lesión.

"La violación de nuestro derecho –dice Savigny– nos hace entrar en una nueva relación jurídica con el violador, la cual tiene por contenido la exigencia o pretensión de reparación de la lesión. Esta pretensión contra una persona determinada y a un acto determinado, tiene la misma naturaleza que la obligación. El ofendido y el ofensor se encuentran en ella en la misma posición en que están el acreedor y el deudor en la relación de obligación."

Ahora bien, esta nueva relación que nace de la lesión del derecho puede permanecer en los límites de una simple posibilidad, sin llevar al ofendido a una determinada actividad contra el ofensor, o bien de la simple posibilidad de obrar puede conducir a una efectiva actividad del ofendido contra el ofensor y transformarse en el hecho mismo de obrar.

Sólo puede hablarse de acción en aquel primer sentido (sustancial) de derecho de obrar; porque en el segundo sentido (formal), o sea, el acto por el cual se hace valer el derecho, con sus condiciones y formas, corresponde a la teoría del procedimiento y se llama demanda. De allí que sean necesarias dos condiciones en cualquier acción: un derecho en sí, y una lesión de él. Si el primero falta, es inconcebible una lesión del

3. Cfr. D. XLIV, 7, 51.
4. Cfr. AUBRY y RAU, Cours, 5a. Ed. Vol. XII, p. 746. DEMOLOMBE, Cours, Vol. IX, p. 388. CROME, *Parte Generale del Diritto Privato Francese Moderno*. Trad. di Ascoli Cammeo. Milano. 1906, p. 381.

derecho; y si falta la segunda, el derecho no puede asumir el particular aspecto de acción[5].

Las doctrinas civilistas que negaban toda distinción entre la acción y el derecho subjetivo sustancial, cayeron en descrédito porque ellas dejaban sin explicación las obligaciones naturales, el grave problema de la demanda infundada, en la cual el actor mueve la acción hasta la sentencia sin un derecho efectivo que tutelar, y las acciones merodeclarativas, que no suponen una violación del derecho subjetivo.

20. *Polémica Windscheid-Muther*

En 1856 un trabajo de Bernard Windscheid sobre "La Actio del Derecho Civil Romano desde el punto de vista del derecho actual", provocó la crítica de Theodor Muther con su escrito "Sobre la doctrina de la actio romana, del actual derecho de acción, de la litis contestatio y de la sucesión singular en las obligaciones", iniciándose así, una polémica que dio origen en el campo procesal a la revisión de las ideas imperantes sobre la acción[6].

Al momento de surgir la polémica era dominante en Alemania la concepción de Savigny que concebía la acción como aquel derecho en el cual se transforma otro derecho como consecuencia de su lesión. Y la doctrina se debatía también frente a una doble terminología: la Actio romana y la Klage germánica, entendida ésta como derecho de querella (Klagrecht). Ambos términos se hacían coincidir en un solo concepto, dándole como característica determinante el elemento de la perseguibilidad judicial del derecho.

El trabajo de Windscheid estaba dedicado exclusivamente a la Actio romana, de modo que no puede decirse que haya contribuido a aclarar el concepto de acción como hoy lo entendemos y como los procesalistas lo consideran en el derecho actual, pero las ideas de Muther, expresadas en su crítica a Windscheid, tuvieron gran influencia en los procesalistas alemanes de la segunda mitad del siglo pasado, y por ello se señala esta famosa polémica como el origen histórico de todo el movimiento doctrinal posterior en torno a la acción.

5. Cfr. SAVIGNY, *Sistema del Diritto Romano attuale*. Traducción de Vittorio Scialoja. Torino. 1893. Vol. V, pp. 4-5. En este mismo sentido FILOMUSI-GUELFI. *Enciclopedia giuridica*. 7ª. Ed. Napoli. 1917, pp. 678 y ss.
6. Ambos trabajos y la réplica de WINDSCHIED a MUTHER en 1857, aparecen publicados en el volumen: *Polemica Intorno all'actio*. Editorial Sansoni. Firenze. 1954, con una Introducción de PUGLIESE.

Windscheid reaccionó contra la concepción de Savigny en torno a la Actio romana y señaló el peligro de introducir en el Derecho Romano una concepción de la Actio que más bien corresponde a la actual conciencia jurídica.

"En el derecho moderno –señala Windscheid– el ordenamiento jurídico es el ordenamiento de los derechos; el derecho aparece como el *prius* y la acción como el *posterius*, esto es, el derecho es aquello que produce y la acción aquello que es producido. En el derecho moderno, derecho y acción coinciden, en cuanto que la acción no es más que la sombra del derecho. La acción no tiene una existencia autónoma. Esta idea de la acción es completamente extraña a la idea de la Actio romana; es algo que pertenece a la conciencia jurídica actual, pero que no tiene realidad alguna en el Derecho Romano."

"En el Derecho Romano –agrega Windscheid– la palabra Actio es usada no tanto para indicar un derecho procesal sino un derecho substancial y, sin embargo, en nuestros actuales tratados se la presenta como sistema de los derechos de obrar, o sea, de las acciones. En el Derecho Romano el ordenamiento jurídico es el ordenamiento de las pretensiones perseguibles judicialmente. La Actio no tiene necesidad de ningún derecho sobre el cual apoyarse. La palabra Actio significa aquello que puede exigirse de otro, esto es, la pretensión. Actio es la pretensión perseguible en juicio. Derecho y Actio no coinciden; se puede tener un Actio sin tener un derecho y no tener una Actio aun teniendo un derecho. La Actio es un elemento autónomo del ordenamiento jurídico; el ordenamiento jurídico reconoce la legitimidad de una pretensión, prometiendo para ella un juicio. La Actio o acción (Klage) está al puesto del derecho, ella es la expresión del derecho."

Y la razón de todo esto se encuentra en la independencia que entre los romanos, al tiempo de la República, y también más tarde, en la época imperial, tenía la regla judicial frente a la regla jurídica. Esta independencia se venía afirmando desde el período de las *legis actiones*, cuando no tanto la lex sino la fórmula judicial decidía acerca de lo justo y de lo injusto, de tal modo que Ulpiano no tenía escrúpulos en hablar de un usufructo que no existe *"de iure"* sino *"tuitione praetoris"*[7].

7. Cfr. WINDSCHEID, ob. cit. pp.. 5 y ss. IDEM, *Diritto delle Pandette*. Trad. Fadda e Bensa. Torino. 1930, Vol. I, pp. 123-126.

Muther reaccionó contra esta concepción de la Actio romana expuesta por Windscheid y también contra la concepción de Savigny dominante en Alemania en su tiempo.

"En el antiguo procedimiento de las legis actio sacramento –dice Muther[8]–, la Actio significa el acto bilateral con el cual el proceso era introducido, porque el *agere*, que significaba proceder, hablar, obrar, no podía realizarse unilateralmente, sino sólo en unión con el adversario. De allí la expresión *"agere cum aliquo"* tan frecuente en ese período histórico. Posteriormente en el período formulario la palabra Actio viene a significar no sólo aquel acto en sí, sino el rito que lo acompaña y concretamente la fórmula del rito puesto por escrito. En este período, pues, Actio es la fórmula de la acción y así debe entenderse el término cuando se dice que *"el Pretor actionem dat, tribuit, indulget, accomodat, denegat"*, etc. Cuando el Pretor había prometido en el edicto una fórmula para determinados casos, se puede decir que el actor ya antes de la expedición de la fórmula tenía una pretensión a su expedición, siempre que las condiciones generales bajo las cuales la Actio había sido prometida se hubiese cumplido."

"La pretensión a la fórmula existe, pues, antes de la *litis contestatio*, y cuando los juristas dicen del actor que *"actio ei competit"*, quieren significar con ello la pretensión a la emisión de la fórmula por el Pretor. Pero cuando discuten en sus escritos si a uno corresponde en un caso particular una pretensión, preguntan sólo si existen los presupuestos de hecho y de derecho de esta fórmula especial, los cuales son indicados precisamente en ella, esto es, en la orden que debe dar el Pretor al juez de condenar al demandado, orden por lo demás condicionada a la necesaria indagación sobre la veracidad de los hechos. Así, pues, cuando el jurista romano dice: "A Ticio corresponde en este caso la *actio empti*", esto significa que él tiene una pretensión a la expedición de la fórmula de la *actio empti*, si el demandado se niega a satisfacerlo; o, en otras palabras: que él tiene una concesión de aquella tutela judicial que, según el derecho positivo romano es acordada a quien es lesionado en su derecho."

Por tanto, los romanos no habrían comprendido en absoluto

8. Cfr. MUTHER, ob. cit. p. 228.

que al comprador no correspondiese la *actio empti* también antes de la negativa de cumplimiento por parte del vendedor.

Y no lo habrían comprendido porque no habrían creído a ningún hombre de buen sentido capaz de pensar en la petición de una fórmula, mientras el adversario esté dispuesto a cumplir voluntariamente la pretensión; ni a pensar en un proceso cuando nada era controvertido. La litis es el presupuesto de todo proceso. Los juristas romanos no podían pensar en conceder a alguien una pretensión a la tutela judicial sin presuponer, aunque fuera implícitamente, la existencia de una litis.

Por tanto –agrega Muther–, en el Derecho Romano, lo mismo que en el derecho moderno, el ordenamiento jurídico era el ordenamiento de los derechos y no, como piensa Windscheid, el ordenamiento de las pretensiones perseguibles judicialmente, pues sólo los derechos subjetivos podían ser perseguidos en juicio y el derecho a la expedición de la fórmula correspondía solamente a aquel a quien correspondía un derecho, que era el presupuesto de la Actio. Tenemos, pues, dos derechos distintos, de los cuales uno es el presupuesto del otro, pero que pertenecen a dos esferas diversas: el derecho subjetivo originario es un derecho privado, y la *Actio* un derecho de naturaleza pública. Este no es un *"annexum"* de aquél, ni un agregado, sino un derecho condicionado que existe al lado de aquél para su protección. Pero se lo puede considerar también como un derecho incondicionado, de modo que tenga su origen sólo en seguida de la violación de aquel derecho originario, y ambas posibilidades se encuentran entre los romanos, como aparece de la contraposición que se hacía entre *"Actio"* y *"Actio Nata"*[9].

Sin embargo, aun en este último sentido, para Muther esta concepción difiere profundamente de la idea de Savigny que concebía la Actio como el derecho en el cual se transforma un derecho en seguida de su violación; o como la relación que nace de la violación de un derecho, mediante el cual nosotros solicitamos del adversario la eliminación de la lesión. "La lesión del derecho –dice Muther – no es más que una colisión del estado de hecho con el estado de derecho. A causa de esto, el derecho no puede ser transformado. Es verdad que de la

9. Cfr. MUTHER, ob. cit. p. 234.

violación de un derecho pueden nacer también nuevos derechos del titular contra el autor de la violación (ejemplo: obligaciones *ex delicto,* intereses por mora, etc.), pero el derecho originario no cambia por eso, y continúa sin duda existiendo inalterado."

"El derecho subjetivo implica un poder o señorío sobre la otra persona, en fuerza del cual puede exigir que ésta reconozca y respete de hecho su derecho, pero no le es dado, cuando este poder o señorío no basten, otro poder o señorío de solicitar que cese la violación de su derecho; esto significaría poner una impotencia en el lugar de otra impotencia. El primer poder o señorío perdura aún después de la lesión. Mas habiéndose mostrado insuficiente, debe ahora intervenir otro poder más fuerte para restablecer el estado de derecho violado. Este es el poder del Estado, que tiene el cometido de mantener el orden jurídico. Al ciudadano le está impuesto por el Estado respetar los derechos de sus conciudadanos. Si él no lo hace, entonces el Estado tiene el poder de exigir la cesación de la violación; y por tanto, el derecho a la cesación de la violación es un derecho del Estado contra el ciudadano. Tenemos así dos derechos correspondientes el uno al otro y los dos de naturaleza pública: el derecho del lesionado contra el Estado a la concesión de la tutela jurídica (la acción) y el derecho del Estado contra el autor de la lesión a la eliminación de la lesión misma."

El derecho originario (privado) del lesionado continúa existiendo con su fuerza y su eficacia originaria, bien se trate de un derecho relativo o absoluto, esto es, del señorío sobre la voluntad de una persona determinada o del señorío sobre la voluntad de todas las personas fuera del titular del derecho[10].

De lo expuesto concluye Muther que también entre nosotros existe un derecho a la tutela estatal (acción-Klagrecht), que corresponde a quien sea lesionado en su propio derecho; y que también entre nosotros, como entre los romanos, el presupuesto de este derecho es otro derecho y una lesión de éste.

Que derecho sustancial y acción no son idénticos aparece claro si consideramos que la persona del obligado es diversa en el derecho sustancial y en la acción, y resulta además del

10. Cfr. MUTHER, ob. cit. pp. 235-236.

hecho de que también ahora pueden haber pretensiones sin acción, a menos que no se quiera negar la posibilidad de las obligaciones naturales[11].

21. *La acción como pretensión de la tutela jurídica*

Siguiendo la dirección señalada por Muther, la doctrina alemana llegó a distinguir la acción del derecho subjetivo, y desde entonces el Derecho Procesal Civil comenzó a afirmar su autonomía científica.

Se puso de manifiesto que si bien en la mayoría de los casos la acción presupone la violación de un derecho subjetivo sustancial, y puede aparecer como un aspecto secundario del originario derecho a la prestación, esto no ocurre en todos los casos, y se dan numerosas situaciones en que el derecho del ciudadano de invocar la protección jurisdiccional del Estado no tiene como presupuesto una violación de su derecho, como ocurre en la acción que trata de obtener una mera declaración negativa de certeza (acción merodeclarativa).

Esta posición la desarrolla fundamentalmente Adolfo Wach con su teoría que concibe la acción como *derecho del ciudadano a obtener del Estado la tutela jurídica* (Rechtsschutzanspruch).

"La pretensión de la tutela jurídica –dice Wach– no es una función del derecho subjetivo; la pretensión de la tutela jurídica es el medio que permite hacer valer el derecho, pero no es el derecho mismo; no es su "función", ni el lado público del derecho objetivo; no es la coacción inmanente a éste, que significamos cuando decimos "puede hacerse valer ante los tribunales"; es la pretensión que se tiene frente al Estado a la tutela jurídica."

"La acción –añade– sólo puede satisfacerse por el Estado; no puede serlo por la contraparte, la cual solamente puede privarle de objeto (por desaparición del interés de tutela, por cumplir la prestación o satisfacción de la obligación, por emisión de la declaración de voluntad solicitada, etc.). La contraparte sólo ha de sufrir la tutela jurídica, pero no la presta. La acción se satisface con la ejecución de los actos procesales de

11. Cfr. MUTHER, ob. cit. pp. 241 y ss.

tutela, especialmente con la sentencia favorable"[12].

En esta concepción la acción aparece ahora dentro del campo del derecho público, como una relación que se da entre el ciudadano y el Estado. Aquí la relación no es ya entre los mismos sujetos de la relación privada y para lograr el mismo objeto (prestación) a que es acreedor el titular del derecho, sino entre el ciudadano y el Estado y para lograr un objeto distinto: la tutela jurídica. La acción es así un medio al servicio del derecho material, pero no el derecho material mismo.

Contra la doctrina de Wach han surgido diversas críticas. Calamandrei las resume al observar que el esquema utilizado por Wach de un titular del derecho (ciudadano) y un obligado a la tutela jurídica (Estado), no se presta a encuadrar la situación en que realmente se encuentra el ciudadano que pide justicia frente al Estado que la administra. En la relación de derecho privado –observa Calamandrei– hay siempre, como necesaria contrapartida al interés predominante del titular del derecho, un interés sacrificado que es el del obligado, y el cumplimiento es siempre un sacrificio de interés destinado a satisfacer el interés predominante del titular del derecho. Pero esta posición de subordinación y de sacrificio del propio interés al interés ajeno, no se compagina con la figura del Estado que ejerce la jurisdicción: en realidad, cuando el Estado hace justicia, se mueve no para prestar con sacrificio propio un servicio a quien se lo pide, sino para cumplir con ello uno de sus fines propios esenciales, el fin público de mantener la observancia del derecho objetivo. En realidad, la acción con que el ciudadano se dirige al Estado para pedirle la tutela de su interés amenazado o violado, ofrece al Estado la ocasión para confirmar su autoridad, amenazada por la inobservancia de la ley; de este modo, el particular, al buscar la satisfacción de su interés individual, colabora en la actuación del derecho objetivo, mientras el Estado, al ocuparse de restaurar la ley, defiende, al mismo tiempo, el derecho subjetivo del particular[13].

12. Cfr. ADOLFO WACH, "*Manual de Derecho Procesal Civil*". Trad. Esp. de Tomás A. Banzhaf. EJEA. Buenos Aires 1977. Vol. I., pp. 42 y ss. Cfr. CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, Ensayos cit. Vol. I, p. 14 CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit, pp. 108 y ss. Una exposición fiel de esta doctrina puede verse en PRIETO CASTRO, *La acción declarativa*. Ed. Reus. Madrid. 1932. pp. 56 y ss.
13. Cfr. CALAMANDREI, ob. cit. pp. 109-110.

Algunos autores han negado la existencia misma de un derecho subjetivo del individuo a la tutela jurídica frente al Estado y han sostenido que el Estado, al tutelar el derecho, no hace más que cumplir su función natural, como cuando castiga (Kohler); que la tutela del derecho pertenece a la esencia del Estado (Bunsen); que el derecho a la tutela jurídica no es un derecho particular del individuo respecto del Estado, sino un derecho de todo ciudadano, similar, por ejemplo, al derecho de que el funcionario concurra a hacerle contraer matrimonio y que no se debe confundir tal derecho con el derecho de acción (Regelsberger)[14].

Por su parte, Chiovenda expresa sus dudas sobre si el derecho de acción puede concebirse como un derecho subjetivo del individuo, y si se puede contraponerlo, como un derecho individual, al derecho, correspondiente a todos los ciudadanos, a la sentencia; y se pregunta: ¿es posible concebir el derecho a una sentencia que no sea favorable a una de las partes? ¿También el derecho a la sentencia favorable a una de las partes no correspondería, pues, sólo al Estado contra su órgano? El derecho subjetivo del individuo ¿no consistiría sólo en el poder de proponer la demanda judicial? Si se aceptase este derecho a la tutela jurídica frente al Estado, ¿existe este derecho antes del proceso? Puesto que el Estado no tiene obligación de proceder, y hasta no puede proceder antes de la demanda, ¿el derecho de accionar no debería por corrección de construcción concebirse exclusivamente como poder de constituirse el derecho a la tutela jurídica?[15].

22. *La acción como derecho potestativo*

Las críticas que se hicieron a la doctrina de Wach de la acción como pretensión a la tutela jurídica, trata de superarlas Chiovenda con su teoría de la acción como derecho potestativo.

Fundamentalmente, Chiovenda sostiene que el contenido del llamado derecho de acción es un puro poder jurídico y no un deber ajeno.

Los derechos del poder jurídico o potestativos fueron especialmente estudiados por Zitelmann. Se trata de un poder del

14. Cfr. CHIOVENDA, ob. cit. especialmente Nota 51. Cfr. SCHÖNKE, *Derecho Procesal Civil*. Bosch. Barcelona, 1950, pp. 15-16.
15. Cfr. CHIOVENDA, ob. cit., pp. 16-17.

titular del derecho de producir, mediante una manifestación de voluntad, un efecto jurídico en el cual tiene interés, o la cesación de un estado jurídico desventajoso; y esto frente a una persona, o varias, que no están obligadas a ninguna prestación respecto de él, sino que están solamente sujetas, de manera que no pueden sustraerse al efecto jurídico producido.

"El lado prácticamente importante de estas figuras –dice Chiovenda– es la *sujeción* de las personas frente a las cuales el poder corresponde en cuanto no pueden querer que el efecto no se produzca. De modo que no son derechos subjetivos en el sentido tradicional de señorío de la voluntad o interés jurídicamente defendido, sino un poder jurídico que se agota con su ejercicio"[16].

Son ejemplos de estos poderes los derechos de impugnación de actos jurídicos diversos, como contratos, testamentos, reconocimiento de hijos; la revocación de un mandato, de una donación, el derecho a la división, etc., en todos los cuales basta la manifestación de voluntad del titular del poder jurídico para que el efecto se produzca, sin necesidad de la intervención de la voluntad de otra persona y aun contra la voluntad de ésta. Así, cuando declaro mi voluntad, en las formas establecidas en la ley, de revocar el mandato conferido a un sujeto, el efecto jurídico deseado (revocación) se produce inmediatamente, sin contar con la voluntad del mandatario y aun contra la voluntad de éste. El contenido de este derecho no está, pues, en un deber ajeno, sino que es un puro poder jurídico que se agota en su ejercicio.

En esta categoría de derechos potestativos entra, según Chiovenda, la acción, que él concibe como *"el poder jurídico de determinar el nacimiento de la condición para la actuación de la voluntad de la ley"*.

Aunque el Estado ha asumido la facultad de administrar justicia y ha prohibido la autodefensa o defensa privada del derecho, puede establecer una limitación, no por razones absolutas y necesarias, sino por consideraciones de utilidad social y subordinar este derecho suyo a la voluntad del particular. Encontramos así que la jurisdicción del Estado depende de

16. Cfr. CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*. Ensayos, cit. Vol. I., pp. 25 y ss.

una condición: la manifestación de voluntad de un particular. *(Nemo iudex sine actore. Ne procedat iudex ex officio).*

"Este derecho del particular –dice Chiovenda– de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley, es la acción. Y es un verdadero derecho potestativo. Es el derecho potestativo por excelencia, porque basta la manifestación de voluntad del particular al ejercitar la acción para que entre en operación la actividad jurisdiccional del Estado y quede así el adversario *sujeto* a sufrir los efectos de la misma en su esfera jurídica y patrimonial. La acción, es pues, un poder que corresponde *frente al adversario* respecto del cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. Este adversario no está obligado a hacer nada frente a este poder: él está simplemente *sujeto* a él. La acción se agota con su ejercicio sin que el adversario pueda hacer nada para impedirla ni para satisfacerla"[17].

Por otra parte, este derecho de acción es autónomo, distinto del derecho subjetivo sustancial, aunque estén ambos conectados al mismo interés económico. Así, mientras el derecho subjetivo substancial tiende a la obtención del bien mediante la prestación del obligado, en cambio la acción tiende a la obtención de ese mismo bien a través de todos los otros posibles medios que predispone la jurisdicción para el caso de falta de cumplimiento voluntario; y el proceso, donde deben realizarse estos otros posibles medios, no sirve para obtener el cumplimiento de la obligación, sino la obtención del bien garantizado por la ley con los otros medios posibles[18].

Finalmente, esta autonomía de la acción respecto del derecho subjetivo sustancial, se ve más clara todavía en aquellos casos en que la acción tiende a un bien que no puede ser dado voluntariamente por ningún obligado, sino que puede conseguirse solamente en el proceso (acciones merodeclarativas y acciones constitutivas), o bien en aquellos casos en que no hay o no se sabe si hay un derecho subjetivo en aquel que tiene la acción (medidas preventivas, denuncia de obra nueva o daño temido, etc.).

17. Cfr. CHIOVENDA, ob. cit. pp. 23 y ss. IDEM, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile.* Napoli 1933. Vol. I, pp. 20-21. Y *Principios de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, pp. 70-82.
18. Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. Vol. I, p. 21.

Esta teoría de Chiovenda ha llegado a ser dominante en Italia y, salvo diferencias de matices, puede decirse que es la seguida por la "Escuela Sistemática", fundada por el maestro Chiovenda[19].

Para Calamandrei, que es el más fiel seguidor y expositor de la doctrina chiovendana, esta teoría de la acción como derecho potestativo, logra la natural sistematización de aquella relación de colaboración que se da en el proceso entre el interés individual y el interés público, que en la teoría de Wach llevaba a la absurda construcción de un titular de derecho que exigiendo una prestación hace un servicio al obligado, y de un obligado que, al cumplir la obligación, satisface ante todo el interés propio.

Con la teoría de la acción como derecho potestativo, aquel absurdo se supera, porque ahora la acción no se configura como derecho contra el Estado, porque el juez, al hacer justicia, no da cumplimiento a una prestación suya específica respecto de la parte, sino que entra en función de un modo automático, para la actuación de su propio cometido institucional de órgano del Estado; y se la concibe más contra el adversario, en cuanto al derecho de una parte de provocar la actividad jurisdiccional correspondería, desde el punto de vista del sujeto pasivo, no un deber de prestación sino la sujeción a los efectos jurídicos de tal actuación[20].

23. *La acción como derecho abstracto de obrar*

Las concepciones de la acción estudiadas hasta ahora, tienen todas un aspecto común: que concibe a la acción como derecho concreto, esto es, perteneciente a quien tiene razón; como derecho a obtener una sentencia favorable al accionante. Así, para los civilistas, que no distinguen el derecho subjetivo sustancial de la acción, ésta no es otra cosa que aquel mismo derecho en su tendencia a la actuación, y por tanto, sólo tiene acción el que tiene un derecho y mediante la acción se busca la satisfacción de aquel derecho.

Del mismo modo, para Wach la acción se satisface por el Es-

19. En contra: CARNELUTTI, *"Sistema di Diritto Processuale Civile"*. Padova. 1936. Vol. I, Nos 21 y 356. ROCCO, Alfredo, *"La Sentencia Civil"*, Trad. esp. de Mariano Ovejero. México. Nos 38 y 39.
20. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. pp. 110-111.

tado y concretamente con la sentencia favorable al accionante, de tal modo que la sentencia desestimatoria de la demanda es una sentencia que rechaza la acción.

Y finalmente, Chiovenda, al sostener que la acción es un derecho potestativo, la concibe como el poder jurídico de provocar con la acción, la actuación de la voluntad concreta de la ley a favor del accionante y, por tanto, la acción no es más que el derecho a la sentencia favorable.

Frente a estas concepciones concretas de la acción, surgió también en Alemania la concepción abstracta, según la cual este derecho no depende necesariamente de la pertenencia efectiva de un derecho subjetivo material, sino que corresponde a cualquiera que se dirija al juez para obtener de él una decisión sobre su pretensión, aun cuando sea infundada.

Esta concepción de la acción, como derecho abstracto de obrar, fue inicialmente expuesta por Degenkolb, quien definió la acción como *"un derecho subjetivo público correspondiente a cualquiera que de buena fe crea tener razón para ser oído en juicio y constreñir al adversario o entrar en él"*[21].

Los aspectos más importantes de esta teoría los resume Calamandrei del modo siguiente:

a) Cuando el actor presenta al juez su demanda no se sabe todavía si esta demanda es fundada o no, y es precisamente para saber si la demanda es fundada o no para lo que es necesaria la decisión del juez.

b) Aun cuando la demanda sea infundada, el juez no puede eximirse de tomarla en examen y debe igualmente pronunciar su sentencia; si se negare a ello, faltaría al deber de su cargo (denegación de justicia).

c) Al deber del juez de decidir en cuanto al mérito de la demanda, cualquiera que sea su fundamento, corresponde, en la parte que ha propuesto la demanda, el derecho a obtener una decisión sobre la misma aun cuando sea infundada.

d) La acción puede corresponder, pues, también a quien no tiene razón en el mérito, haciendo abstracción (y por ello se

21. Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. Vol. I, p. 20. Cfr. ROCCO, Alfredo, *La Sentencia Civil*, cit. N° 32, especialmente p. 129, CARNELUTTI, *Sistema* Vol. I, N° 356.

habla de acción en sentido abstracto) del fundamento de la demanda.

e) Esta acción en sentido abstracto es verdaderamente un derecho, porque está garantizado por la responsabilidad civil y penal en que el juez incurriría si denegase injustamente un acto de oficio[22].

Las principales objeciones que se formulan a la teoría del derecho abstracto de obrar se resumen en observar: que el derecho del reclamante de ver acogida su demanda fundada presupone el deber del juez de tomar en examen indistintamente todas las demandas, para decidir cuáles son fundadas y cuáles no; que la acción en sentido abstracto no basta para procurar aquella satisfacción del concreto interés individual al cual el reclamante aspira cuando se dirige a la justicia por tener razón y no por no tenerla; que en la acción en sentido abstracto concebida no ya como garantía de un concreto interés substancial, sino como poder correspondiente a cualquiera, *uti civis*, que se dirija al Estado para provocar la jurisdicción, no existiría ya la coordinación de dos distintos intereses: el individual y el público, convergentes al mismo fin, sino que se tendría una total disolución del interés individual en el interés público; y que de este modo todos los puentes entre el derecho subjetivo y la acción quedarían rotos, en tal forma que el derecho subjetivo, del cual en un tiempo la acción aparecía como escolta vigilante y armada, quedaría, según esta teoría, apartado e inerme, puesto que la acción no sería ya concebida como un instrumento al servicio de quien tiene razón, sino puesta por igual al servicio de quien tiene razón y de quien no la tiene, de forma que la misma más bien que garantía del interés individual, se reduciría a ser "el derecho de no tener razón", con el cual el ciudadano podría darse el gusto, en realidad muy platónico, de hacer constatar el derecho objetivo en contra suya[23].

24. *La acción como forma típica del derecho de petición*

Entre los autores que conciben a la acción como un derecho "abstracto" que compete a todo ciudadano, *uti civis*, se encuentra Couture, con su teoría de la acción como una forma típica del derecho de petición.

22. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. I, pp. 112-113.
23. Cfr. CALAMANDREI, ob. cit. pp. 113-114.

Si la acción es, a través del proceso histórico de su formación –dice Couture–, un modo de sustituir el ejercicio de los derechos por acto propio, mediante la tutela por acto de la autoridad; y si esa sustitución sólo se realiza a requerimiento de la parte interesada, ¿no cabe admitir que ese requerimiento, o más correctamente, ese poder de requerir forma parte del poder jurídico de que se halla asistido todo individuo de acudir ante la autoridad a solicitar lo que considera justo?[24].

El derecho de petición –añade Couture– configurado como garantía individual en la mayoría de las constituciones escritas, se ejerce indistintamente ante todas y cualesquiera autoridades. El Poder Judicial no tiene por qué ser excluido de los órganos y autoridades ante los cuales los particulares pueden ejercer el derecho de petición. "Por tanto –concluye Couture– creo hoy poder afirmar que un derecho de acudir al Tribunal pidiendo algo contra un demandado, es un derecho de petición en el sentido que se da a este derecho en los textos constitucionales. Se llega así a la idea fundamental de que el derecho de acción o acción en justicia, es una especie dentro del género del derecho de petición; un derecho de petición particularmente configurado[25].

En contra de esta teoría se dice fundamentalmente que ese derecho de petición no es la acción, en el sentido en que esta figura tiene relevancia en el sistema del proceso, sino su base, su presupuesto de derecho constitucional, la vía siempre abierta sobre la cual el ciudadano puede conducir sus acciones singulares en los diversos casos concretos en que desea dirigirse a la autoridad judicial para la protección de su interés lesionado o amenazado. El derecho de petición, en sí mismo, es un puro poder de derecho público, genérico e indeterminado sin relación con un supuesto de hecho concreto, y por tanto, inagotable e inextinguible, y es

24. COUTURE, *Fundamentos* cit. 3ª. Ed. Nº 45, p. 74.
25. COUTURE, ob. cit. p. 77. IDEM, *Introducción al estudio del proceso civil*. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1949, pp. 18-22. Los fundamentos de esta teoría fueron ampliamente desarrollados en su trabajo anterior: Las garantías constitucionales del proceso civil en Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina. Ediar. Buenos Aires. 1946, pp. 151-213, reproducido luego en sus Estudios de Derecho Procesal Civil. Ediar. Buenos Aires, 1948, Vol. I, pp. 19-95.

la manifestación inmediata y directa de la capacidad jurídica general[26].

25. *La relatividad del concepto de acción*

Ante la diversidad de teorías formuladas para explicar el derecho de acción y la prolongada polémica que aún no se ha extinguido, después de más de cien años de iniciada, Calamandrei sostiene la relatividad del concepto de acción y observa que el problema no puede plantearse en términos absolutos, preguntándose cuál de las diversas teorías expuestas es la verdadera, como si no hubiera más que una que pudiera considerarse absolutamente exacta frente a todas las otras que habrían de considerarse equivocadas.

La polémica en torno a la acción –observa Calamandrei– tiene un fondo esencialmente político y no constituye más que un aspecto, históricamente paralelo, de la polémica más vasta sobre el problema del Estado. El ciclo de las teorías sobre la acción ha seguido la misma cronología que la historia política del siglo XIX, y traducido en términos de técnica procesal, se reduce al problema de las relaciones entre interés individual e interés público en el proceso civil; entre ciudadano y Estado, entre libertad y autoridad[27].

Por ello, antes de preguntarse: ¿cuál de las teorías es la verdadera?, la pregunta debe ser más bien: ¿cuál de las varias teorías sobre la acción es la que mejor corresponde a la concepción política sobre la cual se funda, en el presente momento histórico, el Estado?

Como premisa de su desarrollo, Calamandrei destaca la observación recogida en la exposición de motivos (Rel Grandi) del nuevo código italiano de Procedimiento Civil, según la cual "el Derecho Procesal, si quiere evitar tanto ser superado por los tiempos como adelantarse a ellos, debe producir en las relaciones entre el juez y las partes el mismo equilibrio que en el momento histórico en cuestión se encuentre alcanzado

26. Cfr. LIEBMAN, *L'Azione nella teoria del processo civil*, en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova. 1950. Vol. II, p. 444.
27. Cfr. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*. 1939. I, pp. 22-46, reproducido en traducción española de Sentis Melendo en Estudios sobre el Proceso Civil. Buenos Aires. 1945, p. 135. IDEM, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile, secondo il nuovo codice*. 2ª Ed. Padova. 1943, p. 115.

en el derecho sustancial entre la intervención del Estado y la iniciativa privada"[28].

Quien parte de esta premisa se da cuenta –dice Calamandrei– de que en la teoría que considera la acción como un momento inseparable del derecho subjetivo sustancial, preordenado a realizar el predominio del interés individual protegido, sobre el sacrificado, la parte reservada al Estado en esta relación es la de un personaje de tercer plano, que a petición del acreedor interviene sólo como auxiliar a objeto de ayudarle a alcanzar sus fines individuales. Aquí el momento de la libertad predomina sobre el de la autoridad; el interés privado predomina sobre el interés público.

También en la teoría de Wach, que concibe a la acción como derecho a la tutela jurídica del Estado, en la cual el Estado aparece como obligado hacia el ciudadano a la prestación jurisdiccional, se encuentra –observa Calamandrei– la expresión, acaso la más perfecta, de aquella concepción esencialmente liberal, según la cual el interés público es considerado en función del interés privado, y la justicia aparece como un servicio que el Estado pone a disposición del ciudadano para ayudarle a satisfacer el propio derecho subjetivo.

Ambas teorías, pues, son perfectamente válidas y aceptables en un Estado liberal, al estilo siglo XIX, que consagra el predominio de la libertad sobre la autoridad, del individuo sobre el Estado.

En el extremo opuesto a esas concepciones de la acción, está la del derecho abstracto de obrar, según la cual se desvincula totalmente la acción del derecho subjetivo, y la acción aparece al servicio del interés público en la observancia de la ley. El sujeto agente, según esta concepción, al ejercitar la acción presta al Estado el servicio de proporcionarle la ocasión para confirmar su autoridad, y aparece así el sujeto agente, como investido de una función pública, que el mismo ejercita, no en interés propio, sino en interés del Estado.

Esta teoría de la acción como derecho abstracto de obrar sería válida, pues, y perfectamente aceptable en un Estado autoritario y totalitario en donde se consagra el absoluto predominio del interés público, y en donde la jurisdicción antes que al servicio del particular está al servicio de la legalidad estatal y todo ciudadano, *uti civis*, aun sin estar directamente interesado, puede ejercer la función pública de accionar para que el Estado confirme su autoridad en interés de la ley.

28. Cfr. *Código de Procedimiento Civil italiano. Exposición de motivos.* Trad. Francisco de Cillis y Julio Dassen, Depalma. Buenos Aires. 1944, p. 26, Nº. 13.

Finalmente, entre estas dos posiciones, la una correspondiente a la concepción llamada liberal e individualista del Estado, y la otra correspondiente a una concepción rígidamente autoritaria y colectivista, Calamandrei coloca a la teoría de la acción como dererecho potestativo, formulada por Chiovenda, que es considerada como la que mejor se adapta al actual momento histórico-político de Occidente, en donde no se da ni un predominio absoluto de la libertad sobre la autoridad, ni un predominio absoluto de la autoridad sobre el individuo, sino más bien una relación de equilibrio entre ambos intereses.

Entre la acción, entendida como sometimiento de la justicia al interés privado y la acción entendida como sometimiento de la iniciativa privada al interés público, la acción como derecho potestativo –concluye Calamandrei– significa convergencia de dos intereses, en cuanto el particular, que busca en el proceso la satisfacción de su interés privado, da así ocasión al Estado de satisfacer, al administrar justicia, el interés colectivo.

No cabe duda de que la formulación del concepto de acción depende estrechamente del momento histórico, político y jurídico existente al tiempo y en el especio en que esa formulación se hace. En este sentido, el concepto de acción es relativo, como lo sostiene Calamandrei. Pero cuando un ordenamiento jurídico determinado, admite el derecho de acción, la cuestión de su relatividad pierde toda trascendencia y se presentan de nuevo las dudas y vacilaciones acerca de su concepto en ese ordenamiento jurídico determinado y concreto.

Por ello, sin desconocer la validez de las observaciones de Calamandrei, pensamos que admitida la acción en un ordenamiento jurídico como el nuestro y el de la generalidad de los países occidentales, que no son expresión de un liberalismo recalcitrante ni tampoco de un colectivismo totalitario, la pregunta a formularse es más bien la siguiente: ¿qué es la acción en un régimen jurídico-político en el cual existe un equilibrio entre el interés individual y el interés colectivo;

entre libertad y autoridad; entre iniciativa privada e intervención del Estado?

26. *Acción, pretensión y demanda*

Una respuesta satisfactoria a esta interrogante sólo puede obtenerse, a nuestro parecer, distinguiendo los conceptos de *acción*, de *pretensión* y de *demanda*.

Las dudas y vacilaciones de la doctrina desde que se inició la polémica en torno a la acción, tienen su raíz en la falta de distinción de aquellas tres nociones, tan relacionadas entre sí; en haber aplicado en la construcción del concepto de acción notas que son relativas a la pretensión o a la demanda; y a la excesiva gravitación que todavía ejerce en el pensamiento de muchos autores la concepción de la ACTIO romana.

a) La acción es el derecho subjetivo procesal de las partes[29]. Este derecho se distingue del derecho subjetivo material, tanto por su contenido como por el sujeto pasivo de ellos. El derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en litigio y por sujeto pasivo a la contraparte. En cambio el derecho subjetivo procesal (acción) tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis y por sujeto pasivo al juez, o en general al órgano a quien corresponde proveer sobre la demanda.

El interés que constituye el contenido del derecho subjetivo material, es un interés privado, individual: el interés en litigio. En cambio el interés que constituye el contenido del derecho de acción es un interés colectivo, común a las dos partes y a todos los demás ciudadanos: el interés en la composición de la litis. Por tanto, la acción de las partes no es un derecho subjetivo privado, sino un derecho subjetivo público. Más exactamente: es un derecho cívico. No en el sentido de que el interés tutelado haga referencia a la civitas, sino en el sentido de que su tutela se obtiene mediante la voluntad de los cives[30].

b) Diferente de la acción es la pretensión, con la cual se la

29. Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, I, Nº. 356, IDEM, *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. de la 5ª. Ed. italiana por Santiago Sentís Melendo. EJEA. Buenos Aires. 1959. Vol. I p. 316. Conforme: FAIREN GUILLEN, Víctor. *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955. p. 75.

30. Cfr. CARNELUTTI, *Instituciones*, cit., p. 316. IDEM. *Teoría General del Derecho*. Trad. de la 3ª Ed. italiana por Francisco Javier Osset. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955, p. 210.

ha confundido a menudo. Mientras la acción es un derecho, la pretensión es un acto y más propiamente una declaración de voluntad.

La pretensión la define Carnelutti como la exigencia de la subordinación de un interés de otro a un interés propio[31].

Con esta exigencia, el agente no actúa, sin más, el fin práctico que se propone, esto es, el predominio de su interés, sino que declara querer obtenerlo. Este interés propio se manifiesta por medio de la alegación de la existencia de un supuesto derecho subjetivo material propio, el cual se dice vulnerado. Si este derecho subjetivo material, cuya violación se invoca, existe o no en la realidad, sólo puede saberse al final, con la sentencia del juez. Por ello, la pretensión no supone el derecho. La pretensión puede ser planteada por quien tiene efectivamente el derecho que invoca, pero también por quien no lo tiene. La pretensión puede ser pues fundada, esto es, cuando las afirmaciones de hecho y de derecho aducidas, son verdaderas y justifican la pretensión; o infundada, cuando aquellas afirmaciones no son verdaderas y por tanto no justifican la exigencia de subordinación del interés del otro al interés propio[32].

31. Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, Vol. I, Nº. 14 y 122.

32. Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, Vol. I, Nº 122. Cfr. FAIREN GUILLEN, Víctor, ob. cit., pp. 76-77. IDEM. *Acción*, en *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires, Año 1950, I, p. 49. El concepto de pretensión procesal ha sido elevado a la categoría dogmática de objeto del proceso, por JAIME GUASP, en España, quien la define como "una declaración de voluntad, en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a la persona determinada y distinta del autor de la declaración". Pero para sostener esta teoría, no parece necesaria la afirmación que hace GUASP de que el concepto de acción debe ser elaborado fuera del ámbito del derecho procesal y que su lugar en esta disciplina ha de ocuparlo el concepto de pretensión. Por otra parte, su preocupación de sustituir el concepto de acción por el de pretensión, le lleva a considerar equivocadamente, a nuestro parecer, como contenido de la pretensión lo que es más bien el contenido de la acción y como sujeto pasivo y destinatario de la pretensión al juez, que no es sino el sujeto pasivo de la acción. Además, al colocar al juez, como sujeto pasivo de la pretensión procesal y distinguir ésta, como lo hace GUASP, de la que llama "pretensión en sentido civil", se incurre en una duplicación innecesaria del concepto de derecho subjetivo, y se olvida que en el proceso está presente un interés colectivo y público: la composición de la litis, que es el interés que mueve a la acción, al lado de un interés privado, individual: el interés en litigio, que es el núcleo del derecho subjetivo material que hace valer la pretensión procesal. Cfr. JAIME GUASP. *Comentarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. M. Aguilar. Madrid. 1948. Vol. I, p. 331. IDEM, *La pretensión procesal*, en *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires. Año 1951, Vol. I, pp. 333-392 y *Derecho Procesal Civil*. Ed. Gráficas González. Madrid. 1956, pp. 227 y ss.

c) De la acción y de la pretensión se diferencia la demanda. Esta no es un derecho, sino un acto procesal. El acto procesal por excelencia del actor (demandante) en el proceso civil, el cual comienza por demanda escrita (Artículo 339 C.P.C.).

En este sentido, la demanda es el acto procesal introductivo de la instancia[33]. Pero la demanda, a su vez contiene la acción y la pretensión. En ella se hace valer la acción, dirigida al juez para tutela del interés colectivo en la composición de la litis y se ejercita y hace valer la pretensión, dirigida a la contraparte pidiendo la subordinación de su interés al interés propio del reclamante. La demanda tiene pues un doble contenido, porque en ella se acumulan el ejercicio del derecho de acción y la interposición de la pretensión[34].

Este contenido complejo de la demanda, ha hecho atribuir erróneamente a la demanda la determinación objetiva del proceso, que está dada más bien por la pretensión que en ella se hace valer y ha hecho posible considerar, también erróneamente, que el contenido de la acción ejercitada en la misma es el interés privado e individual controvertido en el proceso que se inicia con la demanda.

Dentro de la clasificación de los actos procesales que hace Goldschmidt, la demanda entra en el grupo de actos de las partes que él llama peticiones, es decir: requerimientos dirigidos al juez para que dicte una resolución de contenido determinado[35].

Para que la demanda sea declarada con lugar y el actor pueda obtener la resolución del juez que le dé satisfacción a su pretensión, es necesario que el juez al examinar el mérito de la demanda, la encuentre fundada, vale decir, que las afirmaciones de hecho y de derecho aducidas por el demandante para justificar la pretensión resulten verdaderas y debidamente probadas en el proceso. Con la resolución del juez, favorable al demandante, se satisface el derecho de acción y se satisface la pretensión. Pero pudiera suceder

33. Cfr. COUTURE, *Vocabulario Jurídico*. Montevideo. 1960. VOZ: Demanda.
34. Cfr. FAIREN GUILLEN, *Estudios* cit., p. 445. Cfr. CARNELUTTI, *Instituciones*, cit., Vol. II, p. 6.
35. Cfr. GOLDSCHMIDT, James, *Teoría General del Proceso*. Ed. Labor. Barcelona. 1936. pp. 108 y ss.

que la demanda resulte declarada sin lugar, por no estar fundada la pretensión. En este caso, se satisface de todos modos el derecho de acción, y sólo se rechaza la pretensión.

Se comprende ahora, después de hacer estas distinciones, el error de las teorías de la acción en sentido concreto, según las cuales la acción es el derecho a la sentencia favorable y sólo tiene acción la persona que tiene razón. Estas teorías confunden la acción con la pretensión, y colocan como contenido de la acción el derecho subjetivo material que se hace valer con la pretensión.

Asimismo, se ve claro ahora, la parte de verdad que encierra la teoría de la acción en sentido abstracto o derecho abstracto de obrar, según la cual, la acción corresponde a todos, con abstracción de su fundamento, tanto al que tiene razón como al que no la tiene. Esta teoría se aproxima a la solución correcta, pero confunde el interés colectivo en la composición de la litis, que mueve a la acción con el interés privado del demandante que se hace valer en la pretensión[36].

La concepción abstracta de la acción adquiere sentido, únicamente, cuando se considera que la abstracción está referida sólo al fundamento de la pretensión y no a la ausencia de un interés, porque la acción, aun considerada con abstracción del fundamento de la pretensión, hace valer un interés jurídico, el interés colectivo y público en la composición de la litis. De donde se ve que la sentencia del juez, cualquiera que sea su resultado, da satisfacción al derecho de acción, aun en el caso de negar la pretensión contenida en la demanda.

27. *Concepto de la acción*

Para nosotros la acción puede definirse como *el poder jurídico concedido a todo ciudadano, para solicitar del juez, la composición de la litis, mediante la actuación de la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado.*

36. Cfr. Art. 16 C.P.C. venezolano: "Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual"; el cual se refiere evidentemente al interés privado que mueve a la pretensión, porque la demanda se dirige contra el demandado que integra el contradictorio.

En esta definición se destaca:

a) La acción es un poder jurídico perteneciente a la categoría de los derechos subjetivos. Frente al poder del particular de ejercitar el derecho de acción, está el deber del juez de proveer sobre la demanda en la cual la acción se ejercita, deber cuya omisión está penada como denegación de justicia.

b) Ese derecho subjetivo o poder jurídico en que consiste la acción, pertenece a todo ciudadano, y es por tanto, un derecho subjetivo público o colectivo, porque tiene su origen en el interés colectivo y público en la solución jurisdiccional de los conflictos.

c) Con la acción se pide también al juez que actúe la pretensión, porque la no satisfacción de ésta o su resistencia por parte del demandado, origina el conflicto cuya solución es un interés de la colectividad y su satisfacción un interés privado del demandante. Por tanto, no se trata de un poder jurídico desconectado de todo interés, sino fundado en el interés público en la solución jurisdiccional de los conflictos y al servicio del interés privado en la satisfacción de las pretensiones.

d) El derecho de acción se ejercita en la demanda, y ésta contiene también el ejercicio de la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado, cuyo examen hace el juez al proveer sobre la demanda.

e) Al lado del interés colectivo y público que mueve a la acción, existe en todo proceso, el interés individual y privado en que se funda la pretensión. La satisfacción de este interés privado, mediante la actuación jurisdiccional de la pretensión, o su denegación por el juez con el rechazo de la demanda, satisface o rechaza, según el caso, la pretensión, pero siempre da satisfacción al derecho de acción.

28. *Carencia de acción*

El concepto de carencia de acción no se encuentra en las leyes positivas, sin embargo, es frecuente en el lenguaje de la jurisprudencia y en textos de doctrina, en los cuales se hace mención al mismo en relación a los requisitos constitutivos de la acción y al rechazo de la demanda no ya por razones de méritos (demanda infundada), sino por defecto de legitimación o

de interés procesal (demanda improponible)[37].

Para los que siguen la concepción civilista de la acción que la identifica con el derecho subjetivo que se hace valer en el juicio, la falta de derecho equivale a la falta de acción, puesto que ésta no sería sino el mismo derecho, en su tendencia a la actuación (*supra:* n. 19). Para los que aún diferenciando la acción del derecho, la consideran como un derecho autónomo pero concreto, que pertenece a quien tiene razón, y por tanto, como derecho a la sentencia favorable, hay carencia de acción cuando falta el derecho, de tal modo que la sentencia desestimatoria de la demanda en su mérito, es una sentencia que niega la acción. Finalmente, para los que consideran a la acción como derecho abstracto, no subordinada a ninguna condición objetiva ni subjetiva, el concepto de carencia de acción parecía no tener sentido y sería un concepto vacío. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina, especialmente la italiana y la brasilera, señalan casos de carencia de acción en aquellos de falta de legitimación y falta de interés procesal (Chiovenda-Calamandrei-Redenti), así como por razón de a) Falta de *legitimatio ad causam*; b) Existencia de cosa juzgada; c) Prescripción del derecho; d) De caducidad; e) De prohibición legal; f) De falta de exhibición de prueba exigida por la ley; g) De interés ilícito o inmoral; h) De pago; i) De falta de cumplimiento de requisito legal, etc.[38].

En el derecho italiano predomina la doctrina que distingue entre rechazo de la demanda por *infundada* (porque no existe el derecho alegado) y rechazo de la demanda por *improponible* (carencia de acción), por razones de falta de legitimación o falta de interés. Esta posición parte de la premisa de que si al juez se propone una acción correspondiente a una figura legal, el juez debe ocuparse de examinarla a fondo

37. Cfr. En este sentido CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. I, p. 129. REDENTI, Enrico. *Profili Pratici del Diritto Procesuale Civile*. 2ª. Ed. MILANO. GIUFFRE. 1939. pp. 95, 248, 387, 393. En el Brasil, el tema cuenta con excelentes estudios, entre ellos los de MACHADO GUIMARAES, Luiz, *Carencia de Ação*, en publicación del Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Río de Janeiro, 1961.LOPES DA COSTA, *A Carencia de Ação, especialmente con relação a Legitimação para a causa*, en *Revista de Direito Processual Civil*. Vol. 3º SARAVIA. 1962, p. 5.

38. Cfr. CANDIDO DE OLIVEIRA NETO, *Carencia de Ação*, en *Revista Forense*. Río de Janeiro, 1946. Vol. 115, p. 36, citada por Machado Guimaraes, ob. cit. página 9.

para decidir si la acción es fundada o no en su mérito; pero que si al juez se propone una acción configurada en modo arbitrario, fantasioso, sin alguna relación con las figuras o tipos legales, como sería, v. gr., que el actor, en lugar de solicitar la entrega de la cosa, o de la posesión de ella, o la resolución del contrato, pidiese la condena del demandado a una multa, o a sufrir la pena de cárcel, el juez deberá rechazar de plano la demanda por improponible o inadmisible (carencia de acción). Del mismo modo, debería proceder el juez –según esta doctrina– si la acción de reivindicación fuere propuesta por quien no se afirma propietario de la cosa que se reivindica, o si una acción de perturbación de la posesión es propuesta por quien no se afirma poseedor legítimo, o no es propuesta contra el autor de la perturbación. En todos estos casos, las cuestiones se caracterizan por ser relativas a la "proponibilidad" o "admisibilidad" de la demanda, llamadas también "prejudiciales de mérito", las cuales tienden a obtener que el juez decline entrar en el mérito y la decisión debe tener precedencia sobre la de las cuestiones de fondo o mérito de la demanda[39].

La doctrina brasilera, precisando más el concepto de la *"carencia de acción"*, sostiene que la sentencia que concluye sobre la carencia de acción, pone fin al proceso por un motivo que no se refiere ni a la relación procesal ni al mérito de la demanda, sino que es pertinente exclusivamente al derecho de acción; y propone que el binomio: *presupuestos procesales* y *condiciones de la acción* (en el sentido de condiciones de procedencia) que viene de la teoría de la acción como derecho concreto, se sustituya por el trinomio: *presupuestos procesales, condiciones de la acción* y *mérito de la causa*[40].

Dejando de lado los presupuestos procesales, esta doctrina considera como condiciones de la acción: 1) *El interés*, no en el sentido material, que es el núcleo del derecho subjetivo, sino el procesal, o *instrumental*, en el sentido de interés de conseguir por los órganos de la justicia y a través de su actividad, la satisfacción del interés material. 2) La *legitimación (legitimatio ad causam)* o reconocimiento del actor o del demandado, por el orden jurídico, como las personas facultadas, respectivamente, para pedir y contestar la providencia que es objeto de la demanda; y 3) La *posibilidad jurídica*, que los seguidores de Chiovenda entienden como la existencia en hipótesis del derecho subjetivo reclamado; y los partidarios de la acción como derecho abstracto, entienden como la posibilidad para el juez, en el orden jurídico a que pertenece, de pronunciar la clase de decisión pedida por el actor.

En ausencia de cualquiera de estas condiciones de la acción –*interés procesal, legitimación, posibilidad jurídica*– lo pedido se revela como inadecuado al conflicto de intereses, y verificada esa inadecuación, el juez se abstiene de decidir el mérito de la causa y juzga al actor *carente de acción*[41].

Para nosotros, las llamadas condiciones de la acción, no son sino condiciones de la pretensión fundada.

Ya hemos visto que el interés que mueve la acción es un interés colectivo: el interés público en la solución jurisdiccional de los conflictos; y difícilmente puede concebirse que falte ese interés, si con la acción se está solicitando al juez la composición del conflicto descrito como objeto de la controversia. En los elementos de la acción –sostiene Devis Echandia– no se encuentra el llamado interés para obrar, y la obligación del Estado de proveer surge sin que sea necesario examinar si el actor tiene o no ese interés para obrar.

Desde el momento en que una persona crea tener conflicto jurídico con otra o un derecho para cuyo ejercicio o eficacia se requiera una declaración judicial, tiene el derecho de acción a fin de que mediante el proceso jurisdiccional se resuelva ese conflicto[42].

En igual sentido, Invrea considera que la ley, la jurisprudencia y la doctrina ganarían mucho en precisión si cesaran de considerar el interés para obrar como una condición o requisito específico de la acción[43].

39. Cfr. REDENTI, *Profili Pratici*, cit. p. 393.
40. Cfr. BUZAID, Alfredo. *Do Agravo de Petição*, 1945. p. 111. MACHADO GUIMARAES, ob. cit. p. 16.
41. Cfr. MACHADO GUIMARAES, ob. cit. p. 18
42. Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, cit. p. 246.
43. Cfr. INVREA, Francisco. *Interese e Azione*, en *Revista di Diritto Processuale Civile*, 1928. Parte I, pp. 320 y ss.

Tampoco la legitimación *(legitimatio ad causam)* es una condición de la acción. Como se verá más adelante (*infra:* n. 132), la legitimación es la cualidad necesaria de las partes; es requerida para constituir adecuadamente el contradictorio entre *"legítimos contradictores"*, porque éste no debe instaurarse indiferentemente entre cualesquiera sujetos, sino precisamente entre aquellos que se afirman titulares activos o pasivos de la relación material controvertida; y la falta de legitimación es causa de desestimación de la demanda en su mérito.

Finalmente, tampoco lo que llama Calamandrei "la relación entre el hecho y la norma", puede considerarse como condición de la acción, pues evidentemente aquí se trata de la labor de subsunción del hecho concreto en la norma, que es una de las más delicadas labores del juez en la génesis lógica de la sentencia sobre el merito. Si se examinan cuidadosamente las llamadas condiciones de la acción, según las doctrinas examinadas, se ve claramente que ellas constituyen en general defensas previas que en unos casos afectan a la validez formal del proceso (presupuestos procesales) y en otros hacen inadmisible la demanda e impiden darle entrada al juicio, como la existencia de la cosa juzgada, la falta de legitimación, la caducidad de la acción y la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta defensas éstas que en ciertas legislaciones, como en el código venezolano de 1916 derogado, autorizan las llamadas *excepciones de inadmisibilidad* de la demanda, cuyo efecto es el de desechar la demanda y no darle entrada al juicio.

Sin embargo, aun en estos casos, no todas las mencionadas excepciones pueden considerarse como condiciones de la acción, cuya falta haga posible una sentencia de rechazo por carencia de acción, porque en algunos casos la cuestión de la *proponibilidad* queda englobada o confundida con la cuestión de mérito. Según nuestra posición, sólo habría carencia de acción, cuando la ley objetivamente la prohíba o niegue la tutela jurídica a la situación de hecho. Como es sabido, el orden jurídico por su estructura lógica, lleva implícito siempre el derecho de acción, esto es, el derecho del ciudadano de ocurrir a la jurisdicción, cuando verificada en la realidad la hipótesis contenida en la norma abstracta, el destinatario de

aquel mandato no observa el comportamiento querido por la ley, momento en el cual, para que pueda operar la norma sancionatoria que hace posible la coercibilidad del derecho, el afectado tiene a su disposición el derecho de acción, mediante el cual entra en operación la actividad jurisdiccional con el fin de poner en práctica los medios de coacción establecidos en la ley. El sistema de la legalidad, pues, no es un sistema de acciones, en el cual deba encontrarse un extenso catálogo de éstas a disposición de los ciudadanos; sino un sistema de derecho cuya sanción está implícita en las normas y se hace posible mediante el derecho de acción. Por ello, sólo puede hablarse de "carencia de acción", cuando el propio orden jurídico objetivamente, determina los casos excepcionales en que no considera dignos de tutela a ciertos intereses y niega en consecuencia, expresamente la acción.

En el sistema de las *cuestiones previas* que contempla el nuevo código (Art. 346) que será objeto de estudio más adelante, sólo aquellas contempladas en los ordinales 10º y 11º pueden considerarse como casos de carencia de acción, esto es: la caducidad de la acción y la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, o cuando sólo permite admitirla por determinadas causales que no sean de las alegadas en la demanda. En los demás casos, unos son defectos que afectan directamente a los sujetos procesales; otros a la regularidad formal de la demanda y otros a la pretensión (*infra*: n. 284), cuyo efecto sólo consiste en detener el examen y decisión del mérito mientras aquéllos se cumplen, o en desechar la demanda, pero no enervar o suprimir la acción.

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, ha considerado que existe carencia de acción en diversos casos relativos a la cosa juzgada, a la caducidad de la acción y a la prohibición de la ley de admitir la acción así:

a) Ha sentenciado que por mandato del Artículo 8º de la Ley de expropiación por Causa de Utilidad Pública, según el cual "no puede intentarse ninguna acción, después de dictada la sentencia que acordó la expropiación", es indudable que reconocido por sentencia emanada del Alto Tribunal, el título que asiste a la Nación sobre el terreno en cuestión, la excepción de cosa juzgada opuesta a la nueva demanda, conduce a "de-

sechar la acción que ha motivado la excepción"[44]. Sin embargo, nos parece más exacto desechar la acción en este caso, no con fundamento en la cosa juzgada, sino en la prohibición de la ley de admitir la acción, como lo hizo la misma Corte en otro fallo, en base a la prohibición del mismo Artículo 8° de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social[45].

b) En materia de caducidad de la acción, la Corte Suprema ha deslindado claramente los efectos de la caducidad y los de la prescripción y considera que los de esta última, constituyen una defensa de fondo, mas no así los de la caducidad, cuyo lapso es fatal, y que la acción caduca, carece de existencia y no puede discutirse en debate judicial[46].

c) Finalmente, en cuanto a la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, o cuando sólo permite admitirla por determinadas causales que no sean de las alegadas en la demanda, la Corte ha seguido una posición objetiva, estricta. Ha decidido que "debe aparecer clara la voluntad de no permitir el ejercicio de tal acción". No es que se requieran palabras sacramentales – ha sentenciado la Corte – o que se emplee invariablemente la expresión "no se admitirá", sino que sea cual fuere la forma de decirlo el legislador, debe aparecer clara su voluntad de no permitir el ejercicio de tal acción.

Con fundamento en esta doctrina, la Corte ha rechazado la alegación de la prohibición de la acción de reivindicación entre comuneros, por considerar que dicha prohibición se basa en un principio doctrinario y el sistema de la casación venezolana no admite casar por error de doctrina sino por violación de ley expresa y ninguna disposición de la ley niega expresamente aquella acción[47].

En conclusión, la carencia de acción puede definirse como la privación del derecho a la jurisdicción en materias determinadas por la ley que no gozan de tutela jurídica, ya por la caducidad de la acción, o bien por prohibición de la ley de admitir la acción.

44. Cfr. *Gaceta Forense*, N° 34 (2ª etapa), pp. 79 y ss.
45. Cfr. *Gaceta Forense*, N°. 21 (2ª etapa), p. 178. IDEM, N° 26, p. 178.
46. Cfr. *Gaceta Forense*, N°. 10 (1ª etapa), pp. 94 y ss.
47. Cfr. *Gaceta Forense*, N° 17 (2ª etapa), pp. 224 y ss.

29. *Clasificación de las acciones*

Tradicionalmente, la doctrina clasifica las acciones en personales, reales y mixtas, atendiendo al derecho que se hace valer en el juicio, y también en mobiliarias e inmobiliarias, principales y accesorias, de estado, posesorias, petitorias, etc., tomando en cuenta que el derecho que se hace valer sea sobre una cosa mueble o inmueble, sea principal o accesorio, se refiera al estado y capacidad de las personas, o a la posesión o la propiedad, etc.

Estas clasificaciones arrancan del derecho romano, que distinguía las acciones en reales (in rem) y personales (in personam) según que con ellas se pretendiese el señorío jurídico sobre un objeto o el cumplimiento de una prestación a que está obligado un sujeto[48].

También se ha impuesto en la doctrina, una clasificación que atiende a la naturaleza del fallo que se dicta para satisfacer la acción, y se habla de acciones mero declarativas, constitutivas, de condena y determinativas, o de acciones declarativas y ejecutivas según se solicite la mera declaración de un derecho, o la constitución, supresión o modificación de un estado, o la condena a una prestación, o la ejecución, etc.[49].

Sin embargo, del desarrollo anterior sobre el tema de la acción, se ve claro, que aquella clasificación tradicional carece de sentido y de utilidad en relación a la acción y es más propia para la clasificación de las pretensiones, pues el derecho de acción, entendido en el sentido definido más arriba, no cambia porque la sentencia reconozca o niegue una determinada clase de derecho, y en cambio, suponiendo la pretensión un derecho que se hace valer con la misma, es más propio referir aquellas clasificaciones a la pretensión y no a la acción.

Lo mismo podría decirse en esencia de la clasificación doctrinaria más reciente, de Chiovenda y sus seguidores. La cual representa más bien una clasificación de las sentencias y no

48. Cfr. WINDSCHEID, *L'actio del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno, en Polémica in torno all'actio. Sansoni. Firenze*, p. 23. IDEM, *Diritto delle pandette*. Trad. Fadda e Bensa. Torino. 1930. Vol. I, p. 126. Cfr. ARNDTS-SERAFINI, *Trattato delle pandette*. Bologna. 1874. Vol. I, p. 175.
49. Cfr. En este sentido, CHIOVENDA, *Principios*, cit. Vol. I, p.

de las acciones, por lo cual la doctrina más reciente la estudia al referirse a la naturaleza y contenido de las sentencias[50].

La clasificación tradicional de los derechos y bienes en reales y personales, muebles e inmuebles, es la tenida en cuenta por el nuevo Código de Procedimiento Civil para la determinación de la competencia territorial del juez, cuyas disposiciones serán estudiadas más adelante en el lugar correspondiente[51].

50. La doctrina moderna se ha liberado del influjo de la tradición romanista y civilista, y refiere aquella clasificación de las acciones a la pretensión: Cfr. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 234. PALACIO, Lino Enrique, ob. cit. Vol. I, p. 104. Cfr. CARLI, *Derecho Procesal*. Buenos Aires. 1962. p. 172.
51. Cfr. Código de Procedimiento Civil Venezolano. Art. 40 y ss.

CAPITULO IV

EL PROCESO

SUMARIO

30. *Proceso y procedimiento*

Las palabras *"Proceso"* y *"Procedimiento"* se usan frecuentemente como sinónimas, tanto en la práctica judicial como en la doctrina jurídica. Sin embargo, ellas no denotan conceptos intercambiables. Ha sido mérito de la doctrina procesal moderna destacar la distinción entre ambos conceptos.

"Procedimiento" deriva del verbo *proceder*, y éste del latín jurídico *procedo, -ere*, en el sentido de "proceder a una acción judicial", y literalmente "avanzar" o "progresar".

"Proceso" deriva del latín *processus*, con el significado de "avance", "progreso"[1].

Este significado, de algo que avanza o progresa, que se encuentra en la etimología de ambas palabras, ha permitido considerarlas como sinónimas y ha impedido por largo tiempo una delimitación conceptual de ellas. La asimilación de ambos vocablos aparecía explicable sobre todo en el campo judicial, en el cual se observa de inmediato una secuencia de actividades desarrolladas por los sujetos que intervienen y coordinadas entre sí a la manera de un drama teatral que va desarrollándose y progresando hacia su fin.

1. Cfr. COUTURE, *Vocabulario Jurídico*. Montevideo, 1960. Voz Procedimiento y voz Proceso.

de las acciones, por lo cual la doctrina más reciente la estudia al referirse a la naturaleza y contenido de las sentencias[50].

La clasificación tradicional de los derechos y bienes en reales y personales, muebles e inmuebles, es la tenida en cuenta por el nuevo Código de Procedimiento Civil para la determinación de la competencia territorial del juez, cuyas disposiciones serán estudiadas más adelante en el lugar correspondiente[51].

50. La doctrina moderna se ha liberado del influjo de la tradición romanista y civilista, y refiere aquella clasificación de las acciones a la pretensión: Cfr. GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 234. PALACIO, Lino Enrique, ob. cit. Vol. I, p. 104. Cfr. CARLI, *Derecho Procesal*. Buenos Aires. 1962. p. 172.
51. Cfr. Código de Procedimiento Civil Venezolano. Art. 40 y ss.

CAPITULO IV

EL PROCESO

SUMARIO

30. *Proceso y procedimiento*

Las palabras *"Proceso"* y *"Procedimiento"* se usan frecuentemente como sinónimas, tanto en la práctica judicial como en la doctrina jurídica. Sin embargo, ellas no denotan conceptos intercambiables. Ha sido mérito de la doctrina procesal moderna destacar la distinción entre ambos conceptos.

"Procedimiento" deriva del verbo *proceder*, y éste del latín jurídico *procedo, -ere*, en el sentido de "proceder a una acción judicial", y literalmente "avanzar" o "progresar".

"Proceso" deriva del latín *processus*, con el significado de "avance", "progreso"[1].

Este significado, de algo que avanza o progresa, que se encuentra en la etimología de ambas palabras, ha permitido considerarlas como sinónimas y ha impedido por largo tiempo una delimitación conceptual de ellas. La asimilación de ambos vocablos aparecía explicable sobre todo en el campo judicial, en el cual se observa de inmediato una secuencia de actividades desarrolladas por los sujetos que intervienen y coordinadas entre sí a la manera de un drama teatral que va desarrollándose y progresando hacia su fin.

1. Cfr. COUTURE, *Vocabulario Jurídico*. Montevideo, 1960. Voz Procedimiento y voz Proceso.

Mientras la mirada de los juristas se detuvo en la mera apariencia exterior del fenómeno judicial y destacó solamente aquel aspecto que salta a la vista de la mayoría: su marcha o adelanto gradual, no hubo necesidad de distinguir los vocablos, y se llamó procedimiento al proceso judicial.

Pero cuando comenzó a investigarse la naturaleza jurídica del proceso, y a considerarse los nexos y ligámenes que en él se dan entre los sujetos que intervienen, se comenzó a ver clara la otra parte de la noción, y la distinción se hizo necesaria.

Hoy ya se admite generalmente la distinción entre "proceso" y "procedimiento", y se afirma que si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso[2].

El procedimiento indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal. En el curso de un mismo proceso –nos dice Calamandrei–, puede, en diversas fases, cambiar el procedimiento. El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio[3].
Algunos autores consideran que "*procedimiento*" y "*proceso*" están en una relación de continente a contenido. El procedimiento es el conjunto de reglas que regulan el juego del proceso, mientras que el proceso es el conjunto de actos procesales tendientes a la sentencia definitiva[4].

Fenech, citado por Carli, se vale de un símil muy original para diferenciar ambas nociones: "el procedimento es el conjunto de instalaciones fijas del ferrocarril, las vías por ejemplo; el proceso es el convoy, el tren en marcha sobre esas vías, que llega o le llevan a un destino".

Para Couture, el *procedimiento* es el método o estilo propios para la actuación ante los tribunales, ya sean del orden civil, penal, de menores de hacienda, etc.; y el *proceso* es el conjunto de relaciones jurídicas entre las partes, los agentes de la jurisdicción y los auxiliares de ésta, regulado por la ley y

2. Cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, México. 1947. p. 110.
3. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo Codice*. 2ª. Ed. Padova. 1943, I, pp. 156 y ss. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, ob. cit. p. 111.
4. Cfr. CARLI, *Derecho Procesal*. Buenos Aires. 1962, p. 200.

dirigido a la solución de un conflicto susceptible de ser dirimido por una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada[5].

31. *Las formas procesales*

Las variadas actividades que deben realizarse en el proceso para que éste avance hacia su meta normal que es la sentencia, están sometidas a ciertos requisitos relativos al modo de expresión, al lugar y al tiempo en que deben cumplirse. El complejo de estos requisitos, es decir, los modos en los cuales deben realizarse los actos que componen el proceso, se denominan formas procesales[6].

La importancia de las formas en el proceso es tal, que muchas veces la inobservancia de ellas produce la pérdida del derecho. De allí las frecuentes críticas que en todos los sistemas procesales históricos y contemporáneos se dirigen contra las *formas procesales*.

Tomando el término de comparación usado por un gran filósofo, Chiovenda, nos dice, que no habría mayor razón para quejarse de las formas que la que tendría una paloma para quejarse del aire que disminuye la velocidad de su vuelo, sin darse cuenta de que precisamente es aquel aire el que le permite volar[7].

Las formas tienen, sí, sus inconvenientes inevitables, pero son necesarias. Quienes consideran solamente las consecuencias perjudiciales que las formas pueden producir en el proceso, son partidarios de la *libertad* de las formas procesales, y aquellos que miran preferentemente los beneficios que producen las formas a los litigantes, proclaman su necesidad y son partidarios de la *legalidad* de las formas procesales.

Tales son las dos posiciones antagónicas que plantean toda la problemática de las formas: la *libertad de las formas*, es decir, la posibilidad de realizar los actos del proceso sin someterse a un complejo de requisitos predeterminados en la ley, y dejar al litigante la libre determinación de realizarlos en el

5. Cfr. COUTURE. Vocabulario cit., pp. 491-492.
6. Cfr. ZANZUCCHI, Marco Tullio, *Diritto Processuale Civile*. Milano. 1947. Vol. I. p. 388. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. I, p. 158.
7. Cfr. CHIOVENDA, *Las formas en la defensa judicial del derecho*, en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*. Trad. esp. de Sentis Melendo. Buenos Aires. Vol. II, p. 126.

modo, lugar y tiempo que considere más apropiado a la defensa de su derecho; y la *legalidad de las formas*, es decir, la necesidad de realizar los actos siguiendo las reglas previamente establecidas en la ley, que fijan las condiciones de lugar, tiempo y modo de expresión de los actos, sin observar las cuales, la actividad realizada no es atendible por el juez y no se alcanza el efecto perseguido por la parte.

En favor de la necesidad y, por consiguiente, de la legalidad de las formas procesales, se invoca la exigencia de *certeza* que debe rodear al proceso para que la función jurisdiccional pueda cumplir su cometido.

La exigencia de la certeza del derecho se ha sentido siempre como indispensable para la convivencia social ordenada.

El proceso no escapa a esa misma exigencia de certeza.

La lealtad del contradictorio, la igualdad de las partes y la simplicidad del proceso, no podrían alcanzarse si los litigantes no supiesen, anticipadamente, cuáles actividades deben realizar para alcanzar la justicia que piden; cómo y cuándo han de realizarlas y en qué condiciones aquéllas son atendibles por el juez. El código de procedimiento, ese instrumento legal que compendia todo el complejo de formalidades que deben cumplirse para obtener justicia, constituye, pues, el manual del litigante, especie de *metodología* –como le llama Calamandrei–, fijada por la ley para servir de guía a quien quiera pedir justicia[8].

En todos los sistemas procesales conocidos, predomina la legalidad de las formas procesales; la libertad sólo se admite supletoriamente, cuando la ley no establece expresamente determinada forma para la realización de los actos del proceso.

El nuevo Código de Procedimiento Civil italiano consagra este principio expresamente en su Art. 121 al expresar: "Los actos del proceso para los cuales la ley no exige formas determinadas, pueden ser cumplidos en la forma más idónea a la obtención de su fin".

8. Cfr. CALAMANDREI. ob. cit. p. 159. Un estudio acabado y de gran aliento sobre la necesidad de certeza del derecho se encuentra en el libro de LOPEZ DE OÑATE: *La Certeza del Derecho*. Trad. Esp. de Sentís Melendo. Buenos Aires, con prólogo de COUTURE.

La exposición de motivos del código, explica, que la claridad y la lealtad de los debates peligrarían si las partes y sus defensores no estuvieran en condiciones de conocer de antemano y con seguridad, cuál será el trámite del proceso que comienza; y sería igualmente peligroso dejar librado a la voluntad del juez, la supresión de cualquier forma de procedimiento, aun de aquellas que se han considerado en todos los tiempos como garantía esencial e ineludible de cualquier juicio[9].

El nuevo código venezolano, en su Artículo 7 consagra la legalidad de las formas procesales y cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, son admitidas todas aquellas que el juez considere idóneas para lograr los fines del mismo.

El desiderátum de un buen sistema de formas procesales consiste, en esencia, en la consagración de formas que no ahoguen la dinámica del proceso; que aun establecidas con rigidez por la ley para la tramitación del proceso, sean formas simples y útiles, en armonía con los tiempos que se viven y con la necesaria celeridad y dinámica del juicio; y en desechar, de tiempo en tiempo, aquellas que perdieron su justificación por responder a necesidades de otras épocas ya superadas, las cuales, de perpetuarse y cristalizarse en un sistema procesal cualquiera, hacen perder al ciudadano común la confianza en la justicia y la adhesión a las instituciones jurídicas.

32. *Estructura del proceso*

El estudio de la estructura del proceso consiste en determinar cómo es el proceso, cómo está hecho el proceso. La moderna dogmática procesal, cuyo representante máximo es Carnelutti, divide la estructura del proceso en dos partes: la *estática* y la *dinámica*, según se observe al proceso detenido en el tiempo, para estudiar su *composición*, o bien se lo observe en movimiento, para tratar de su *desenvolvimiento*. La primera parte estudia el proceso como *situación*, y trata del complejo de situaciones en que el proceso se descompone.

9. Cfr. *Código de Procedimiento Civil italiano. Exposición de Motivos*. Trad. Esp. de Francisco de Cillis y Julio Dasen. Buenos Aires. 1944. Nos. 15 y 16.

La segunda, estudia el proceso como hecho, y trata del conjunto de hechos que lo forman[10].

Sin embargo, nos vamos a referir a un solo aspecto de la estructura del proceso: aquella que está determinada en gran parte por las formas procesales que predominan en un sistema dado y por los principios fundamentales que imprimen determinados caracteres al sistema, permitiendo diferenciarlo de los demás.

Una de las adquisiciones más valiosas que la teoría del proceso civil debe a la ciencia alemana, son ciertas diferenciaciones dogmáticas, muchas veces muy sutiles, que han logrado, mediante un proceso de generalización creciente, aislar ciertos rasgos de las estructuras procesales que se presentan con constancia y uniformidad en determinados sistemas para convertirlos en "principios rectores" del procedimiento y diferenciar así por su estructura un sistema de otro, como ocurre hoy con los principios de la *"oralidad"* y *"escritura"*; la *"mediación"* o *"inmediación"*; *"concentración"* o *"fraccionamiento"*, y otros semejantes, que sirven para distinguir por su estructura un proceso de otro[11].

Por tanto, el estudio de la estructura del proceso, referida al proceso civil venezolano, se limitará aquí al estudio de las formas y principios fundamentales que le dan carácter a nuestro sistema procesal y que sirven perfectamente a la finalidad de su diferenciación de otros sistemas.

33. *Oralidad y escritura*

Un sistema procesal es oral, cuando el material de la causa, a saber: las alegaciones, las pruebas y las conclusiones, son objeto de la consideración judicial solamente si se presentan de palabra; y es *escrito*, cuando la escritura es la forma ordinaria de las actuaciones[12].

10. Cfr. CARNELUTTI. *Metodología del Derecho*. Trad. Esp. de Osorio. México. 1940. Nº 19. IDEM. *Instituciones del Nuevo proceso civil italiano*. Trad. esp. de GUASP. Barcelona, 1942. p. 109.
11. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. pp. 163-167. Cfr. MILLAR, Roberto Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Trad. esp. de GROSSMAN, Catalina. Buenos Aires. 1945, pp. 43 y ss. Una magistral exposición de estos principios, referida al proceso civil latinoamericano puede verse en COUTURE, *Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. 1948, Tomo I, pp. 308 y ss.
12. Cfr. MILLAR, ob. cit. p. 143. Cfr. CHIOVENDA, *Principios*. Trad. esp. Vol. II, p. 127.

No se debe confundir el principio de la *escritura* con el de protocolización. Este se da aún en los procesos orales, cuando existe el requisito de que las alegaciones y pruebas orales se reduzcan a escrito, con el fin de conservar un memorial del procedimiento. El principio de escritura es la culminación de una evolución surgida del principio de protocolización.

Millar nos dice que el proceso civil romano había desarrollado una demanda por escrito *(libellus conventionis)*, quedando todas las demás actuaciones orales, pero que al parecer, el hecho de la protocolización final condujo a la práctica de presentar también las otras actuaciones desde un principio por escrito. Asimismo, el proceso romano-canónico, que al principio requirió sólo para la demanda la forma escrita, evolucionó por razones de simplicidad y de rapidez hacia la escritura en virtud de estar adherido al principio de protocolización[13].

El proceso civil venezolano es un proceso escrito, porque la escritura domina casi absolutamente en la forma de los actos, tanto de las partes como del juez (Art. 25 C.P.C.).

Las aplicaciones concretas de este principio de la escritura se verán ampliamente en la parte dedicada a estudiar la forma de los actos procesales de las partes y del Juez (infra: n. 181).

La "oralidad", como principio rector de los procesos de tipo oral no debe entenderse en su acepción simplista de mera expresión hablada de los actos procesales, pues en esa forma seríamos llevados a equívocos insuperables que nos ocultarían las ventajas reales de un proceso de tipo oral. En realidad, la estructura oral de un proceso depende también de la vigencia de otros dos principios fundamentales: la *concentración* y la *inmediación* procesales, los cuales forman los tres términos de un trinomio único, o como lo expresa Carnelutti: "la fórmula del concepto" chiovendano de la oralidad[14].

34. *Concentración y fraccionamiento*

En un proceso domina el principio de la *concentración proce-*

13. Cfr. MILLAR, ob. cit. p. 145.
14. El proceso oral más perfecto conocido, es el proceso austríaco. Los datos de las estadísticas judiciales austríacas indican que el 45 % de las causas ordinarias ante los Tribunales, se deciden en *un mes;* el 35 % en *tres meses;* el 15 % en *seis meses*, y de las que superan los seis meses, solamente el 1 % excede de *un año*. Cfr. CHIOVENDA, *Relación sobre el proyecto de la reforma del procedimiento, elaborado por la comisión de post-guerra*, en *Ensayos*, cit. Vol. II, p. 245.

sal cuando el examen de la causa se realiza en un período único, que se desarrolla en una audiencia o en pocas audiencias próximas, de tal modo que los actos procesales se aproximan en el espacio y en el tiempo y se suceden ininterrumpidamente.

En cambio domina el principio de *fraccionamiento* cuando entre un acto procesal y otro o entre grupos de ellos, pueden pasar largos intervalos de tiempo, de modo que el proceso aparezca discontinuo[15].

Cuando el fraccionamiento está establecido en la ley, se dice que impera el *principio de orden consecutivo legal*, y cuando rige además la regla de que cada acto particular debe realizarse dentro del término que le corresponde o no puede ejecutarse ya en absoluto, se dice que impera el principio de *preclusión*, según el cual la parte que deje de actuar en el tiempo prescrito, queda impedida o precluida de hacerlo después.

La combinación de estos principios en un sistema procesal determinado, caracterizan un tipo de proceso antitético del proceso concentrado, y se dice entonces que rige el "*principio de orden consecutivo legal con fases de preclusión*"[16].

Un sistema procesal determinado está regido pues por este principio, cuando establece la división vertical de la causa en fases, en cada una de las cuales corresponde adoptar determinadas medidas, de tal modo que si no se cumplen dentro del término que les corresponde, no pueden ya volverse a realizar.

Esta es sustancialmente, la estructura del proceso medioeval, como la concebía el Maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII, quien dividía las fases de los pleitos en nueve tiempos[17].

El proceso civil venezolano está regido por este *principio de orden consecutivo legal con fases de preclusión*. Un esquema de las fases o tiempos que lo integran, puede sintetizarse así: 1º) Una fase inicial para la contestación de la demanda, que debe tener lugar dentro del lapso de veinte días siguientes después de citado el demandado o el último de ellos si fueren

15. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*. Vol. I, p. 165.
16. Cfr. MILLAR, ob. cit., pp. 95 y ss.
17. Cfr. UREÑA y BONILLA, *Obras del Maestro Jacobo de las Leyes jurisconsulto del siglo XIII*. Madrid. 1924, pp. 379 y ss.

varios (Arts. 344 y 359 C.P.C.). Este lapso legal sólo puede reducirse por el juez en materia mercantil, en los casos que requieran celeridad, en los cuales podrá acordar la citación del demandado de un día para otro y aún de una hora para otra (Art. 1.099 Cód. Com.). 2º). Una fase para la promoción de las cuestiones previas (Art. 346) quedando diferida para después de concluida esta fase la contestación al mérito de la demanda. 3º) La fase propiamente de la contestación de la demanda, que tiene lugar si el demandado no ha alegado las cuestiones previas o cuando alegadas en su oportunidad, hubiesen sido desechadas (Art. 358). 4º) La fase probatoria que se abre al día siguiente al vencimiento del lapso del emplazamiento para la contestación de la demanda (Art. 388), fase que comprende un lapso de quince días para *promover* las pruebas (Art. 396) y otro de treinta días para *evacuar* las pruebas promovidas y admitidas (Art. 400), pudiendo además las partes, formular oposición a la admisión de las pruebas promovidas, antes de que hubiesen sido admitidas por el juez (Art. 397), y también apelar en un solo efecto de toda negativa de prueba (Art. 402). 5º) Vencida la fase probatoria tiene lugar la fase de informes (Art. 511), y concluidos los informes, comienza el lapso para pronunciar la sentencia (Art. 515).

Se comprende fácilmente la diferencia que existe entre este sistema y el sistema oral, en el cual es en el *debate oral*, que comienza con la llamada de la causa de la audiencia pública, donde las partes y los abogados exponen a viva voz las demandas y excepciones, desarrollan las razones de hecho y de derecho que les asisten, indican las pruebas de que desean servirse y las realizan de inmediato y en definitiva se dicta la sentencia por el juez, concentrándose así todas las actividades de la causa en esa *audiencia*, que es el *centro del debate*, o en varias audiencias muy próximas, si aquélla no fuere suficiente para agotar la causa[18].

35. *Mediación e inmediación*

El principio de *inmediación* –nos dice Millar– caracteriza un

18. Un examen de la oralidad como fue concebida en los diversos proyectos de reforma que precedieron al nuevo Código de Procedimiento Civil italiano, puede verse en nuestro estudio: *La reforma procesal italiana de 1942*, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Nos. 67-72, Enero-Diciembre de 1951, y en *Revista de la Facultad de Derecho*, Nº 13. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1957.

partes y con los testigos, mientras que el de *mediación* rige en juicios en que este contacto tiene lugar a través de un agente intermediario.

El principio de inmediación –asienta Chiovenda– quiere que el juez que deba pronunciar la sentencia haya asistido al desarrollo de las pruebas de las cuales debe derivar su convencimiento, esto es, que haya entrado en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de modo que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y la condición de los lugares, etc., a base de la inmediata impresión recibida de ellos, y no a base de la relación ajena.

Por el contrario, cuando el criterio o la opinión del Tribunal se forma bajo el influjo de comunicaciones preparadas por un tercero, entonces el procedimiento puede decirse de mediación y no de inmediación.

La inmediación procesal supone además que el juez de la causa debe estar desde el principio de la tramitación hasta el fin, constituido por la misma persona física, de modo que sea estrecha la relación que exista entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones él debe valorar[19].

La inmediación viene a reforzar y a hacer prácticamente actuable la oralidad, aunque no es verdad, como sostienen algunos, que la inmediación sea exclusivamente propia de los procesos orales.

La inmediación es susceptible de ser combinada tanto con el principio de escritura como con el de oralidad. En verdad el principio de inmediación predomina en cuanto al Tribunal, y no en cuanto a la forma del juicio. Siempre que el juez derive su saber de los hechos de la causa por percepción directa de los mismos, aunque éstos le sean presentados por escrito por las partes, rige el principio de inmediación y no su contrario.

Sin embargo, generalmente la inmediación va conectada con la oralidad y la mediación con la escritura.

19. Cfr. MILLAR, ob. cit. pp. 169 y ss. CHIOVENDA. *Ensayos*, cit. Vol. II, p. 254. CALAMANDREI, ob. cit. Vol. I, p. 164. Una amplia y especial consideración del principio de inmediación y de su relación con la escritura y la oralidad, hace EISNER, Isidoro, en su libro recomendable por muchos conceptos titulado *La inmediación en el proceso*. Depalma. Buenos Aires, 1963.

El proceso civil venezolano, siendo un proceso escrito, con documentación o protocolización de las actuaciones en el expediente, realiza plenamente el principio de inmediación, cuando los jueces no hacen uso de la facultad de *"comisionar"* a otra autoridad judicial para la práctica de los actos de sustanciación del juicio. Pero como el abuso de la comisión es la regla general en la práctica del foro, debemos concluir, que de hecho el proceso civil venezolano deviene un proceso regido por la mediación.

No son necesarias mayores explicaciones para comprender la importancia de realizar plenamente en el juicio la inmediación procesal, por las beneficiosas consecuencias que produce en cuanto a la calidad y a la bondad de las sentencias y a la buena marcha de la administración de justicia.

Se comprende ahora, después de analizar los principios mencionados, la íntima conexión que existe entre los de *oralidad, concentración* e *inmediación*, al punto de llegar a ser cada uno fundamento y condición necesaria del otro, para caracterizar un tipo de proceso civil: el proceso oral, antitético del proceso escrito, fraccionado y mediatizado.

El proceso oral, es pues, un proceso concentrado, en el cual las actividades importantes del mismo se realizan de viva voz, entre presentes, en una audiencia o debate en el cual el juez entra en estrecho contacto con las partes y con los medios de prueba que han de formar su convicción para decidir.

36. *Principios dispositivo e inquisitorio*

Se dice que en un proceso rige el *"principio dispositivo"* o de *"presentación por las partes"*, cuando corresponde exclusivamente a éstas determinar el alcance y contenido de la disputa judicial y queda el Tribunal limitado a la sola consideración de lo que los litigantes han planteado ante él. La vigencia de este principio encuentra su justificación en que el objeto de la controversia es siempre una relación jurídico-privada, en la cual no está interesado el Estado, y por tanto, debe quedar librada al poder de disposición de los particulares la materia o el interés cuya tutela procuran en el proceso.

Este principio dispositivo, ha dicho en Italia el Ministro Grandi de Justicia, no es otra cosa en substancia que el reflejo en el campo procesal de la autonomía privada dentro de los límites

señalados por la ley, que encuentra su afirmación más enérgica en la figura del derecho subjetivo; hasta tanto la legislación sustancial reconozca dicha autonomía, el principio dispositivo debe mantenerse en el proceso civil, por razón de coherencia, como expresión imprescindible del poder conferido a los particulares para disponer de su esfera jurídica[20].

En cambio, rige el principio *inquisitorio*, cuando el juez, aun teniendo ante sí a dos partes, esté desvinculado, para la investigación de la verdad, de la iniciativa y de los acuerdos de las mismas.

Aparece este principio, en todos aquellos casos en que las partes no tienen la libre disponibilidad de la relación jurídico-privada que es el objeto del juicio, como son aquellos en que se debate acerca del estado y capacidad de las personas (matrimonio, interdicción, inhabilitación) en los cuales se quiere garantizar que la actividad administrativa –como observa Calamandrei– necesaria para modificar ciertas relaciones de derecho privado, que es socialmente útil mantener sin variación mientras falten los presupuestos de modificabilidad o de anulabilidad rigurosamente previstos por la ley, no pueda ser prestada por el Estado sino en virtud de pronunciamiento jurisdiccional que declare la existencia de tales presupuestos[21].

El proceso civil ordinario venezolano está regido por el principio dispositivo, del cual son manifestaciones expresas las máximas *"Nemo iudex sine actore"*; *"Ne procedat iudex ex officio"*; *"Ne eat iudex ultra petita partium"*; según las cuales, en materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino a instancia de parte, salvo el caso en que la ley lo autorice para obrar de oficio, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres sea necesario dictar alguna providencia judicial aunque no la soliciten las partes (Art. 11 C.P.C.); debiendo los jueces atenerse a lo alegado y probado en autos,

20. Cfr. *Código de Procedimiento Civil italiano. Exposición de Motivos*, cit. Nº 13. Cfr. LIEBMAN, *Fundamento del Principio Dispositivo*. Riv. Dir. Proc. 1960. p. 551. Para la tendencia evolutiva moderna: *infra*, Nº 317.

21. Para toda esta cuestión véase el magistral estudio de CALAMANDREI, *Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio*, en *Estudios sobre el proceso civil*. Trad. de Sentís Melendo. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1945, pp. 227 y ss., especialmente Nº 11.

sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados (Art. 12 C.P.C.); debiendo la sentencia contener decisión expresa, positiva y precisa, con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas nombrando a la persona condenada o absuelta y la cosa sobre que recae la condenación o absolución; sin que en ningún caso se pueda absolver la instancia (Art. 243 C.P.C.).

37. *El principio del impulso del proceso por el juez*

Si el principio dispositivo rige en nuestro proceso civil en cuanto a las funciones de las partes y del juez relativas al contenido de la causa, y se justifica por las razones que han sido expuestas más arriba, el impulso del proceso por el juez rige en cuanto a la marcha y dirección del mismo (Art. 14).

Según este principio, el juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal. Cuando esté paralizada, el juez debe fijar un término para su reanudación, que no podrá ser menor de diez días después de notificadas las partes o sus apoderados. Según el principio de impulso del proceso por las partes, que regía en el Código derogado, el magistrado judicial había llegado a convertirse, por la exageración de ese principio, en un personaje inerte, de brazos cruzados, simple espectador de la lucha de las partes, sin que pudiera intervenir si no era solicitado por las partes.

En este campo, no se había valorado en absoluto el interés público del Estado en la realización del orden jurídico y en el desarrollo del proceso, y se había olvidado que el proceso es un instrumento puesto a disposición de los particulares para la protección de sus derechos subjetivos y al mismo tiempo el medio de que dispone el Estado para realizar su interés público en la observancia de la ley[22]. Y si para algunos el interés del Estado se agota en la apertura de la vía judicial, en el debido juzgamiento de la materia litigiosa y la garantía de la

22. Crf. CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civil*. Napoli, 1933. Vol. I, p. 32. CAPPELLETTI, *Iniciativas Probatorias del Juez y Bases prejurídicas de la estructura del Proceso*, en *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*. EJEA. Buenos Aires, 1972. pp. 122 y ss.

ejecución[23], en cambio para otros, y sobre todo para las concepciones más recientes, se hace notar que en el proceso civil el juez debe tener a su alcance, en todos los casos, los poderes indispensables para administrar la justicia de manera activa, rápida y eficaz; y se sostiene que aun si la controversia atañe a relaciones de derecho privado, que las partes hubieran podido disponer libremente, prescindiendo del proceso, ello no quiere significar que el proceso, una vez iniciado, deba considerarse como asunto privado, cuyo destino pueda dejarse librado al interés individual de los litigantes. También en los juicios sobre cuestiones de derecho privado –nos dice Grandi– entra en juego, al requerirse la intervención del juez, ese interés eminentemente público en la justa y solícita aplicación de la ley al caso concreto; no debe entonces permitirse que los particulares invoquen la justicia y la utilicen para fines contrastantes con la misma, y tampoco que abrumen a los Tribunales con sus fintas dilatorias que el juez ha de presenciar inerte hasta tanto así lo quieran los litigantes. Aun si la relación debatida es de puro derecho privado, el juez ha de estar provisto de los poderes de orden y disciplina indispensables para que el proceso no se paralice y no se desvíe: debe ser su director y su propulsor vigilante, solícito y sagaz. Las partes son libres de fijar el *"thema decidendum"*, pero corresponde al juez regular los medios y el ritmo para decidir rápidamente y bien la cuestión planteada[24].

Así pues, paralelamente al interés privado de los litigantes, tutelado por el principio dispositivo, encontramos también en el proceso el interés oficial en la ordenada administración de justicia, en el cual se funda el fortalecimiento de los poderes del juez para la dirección del proceso civil, mediante el impulso de oficio.

38. *El principio que "las partes están a derecho"*

Rige también en el proceso civil venezolano el principio de que *"las partes están a derecho"*, el cual, si bien no es originario de nuestra cultura jurídica, pues ya se encontraba en el derecho canónico y en la práctica de la Rota Romana, puede decirse que actualmente es característico de nuestro proceso

23. Cfr. WACH, *Conferencias sobre la Ordenanza procesal civil alemana*. Trad. de KROTOSCHIN. EJEA. Buenos Aires 1958, p. 60.
24. Cfr. *Código de Procedimiento Civil Italiano*. Exposición de Motivos, cit. Nº 12.

y no se encuentra en los demás de su misma índole en América Latina[25].

Como expresa la Exposición de Motivos, "este principio ha sido pasado al Título Preliminar por considerar que si bien las partes se ponen a derecho con la citación para la contestación de la demanda, dicho principio es de tal importancia en el régimen del proceso venezolano y caracteriza de tal manera a nuestro sistema, que bien puede figurar entre los principios rectores del procedimiento, en el Título Preliminar"[26].

Según este principio, "Hecha la citación para la contestación de la demanda las partes quedan a derecho y no habrá necesidad de nueva citación para ningún acto del juicio, a menos que resulte lo contrario de alguna disposición especial de la ley" (Art. 26 C.P.C.). Se coloca así a los litigantes en la situación procesal de poder tener conocimiento legal de todos los actos del proceso, sin necesidad de notificaciones ni traslados de las actuaciones a las partes, creándose de este modo una suerte de carga que grava a cada litigante y le lleva por imperativo de su propio interés a estar vigilante para poder controlar los actos que realicen la contraparte o el juez y ejercitar en tiempo oportuno las objeciones, recursos e impugnaciones que fueren procedentes en beneficio de su situación en el proceso.

Coadyuvan a la eficaz realización de este principio en el proceso civil venezolano ciertas disposiciones que aseguran la publicidad de todos los actos procesales tanto entre las partes como en relación a los terceros o extraños al litigio (Arts. 24 y 190 C.P.C.); la que impone al secretario del Tribunal la obligación de dar informes a las partes sobre todo cuanto haya ocurrido en el asunto, cuando éstas así lo soliciten, o facilitarles el expediente para que se impongan de cualquier solicitud hecha o providencia dictada (Art. 110 C.P.C.); la que ordena a los tribunales fijar a las puertas del despacho una tablilla donde se haga saber al público las horas destinadas a

25. Cfr. LORETO, Luis. *El principio de que las partes están a derecho*, en el proceso civil venezolano, en *Scritti giurdici in onore di Francesco Carnelutti*. Padova 1950. Vol. II, pp. 341 y ss.; reproducido en *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Caracas, 1956, pp. 23 y ss.
26. Cfr. *Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Imprenta del Congreso de la República. Caracas, Venezuela, Noviembre de 1975, página 8.

despachar (Art. 192 C.P.C.) y aquellos días en que dispongan no despachar por causa justificada (Art. 195 C.P.C.); la obligación de llevar un libro Diario del Tribunal donde se anoten día a día las actuaciones ocurridas en cada asunto. (Artículo 113 C.P.C.).

Por todo ello, este principio de que "las partes están a derecho" no es atentatorio a los derechos de las partes –dice Loreto–, porque sólo a éstas puede imputarse el perjuicio que pueda sobrevenirles por ignorar una solicitud o diligencia de la contraparte, o por dejar de asistir a un acto en cuya práctica tengan interés para hacer valer algún alegato, o por desconocer que el Tribunal ha dictado un auto interlocutorio o pronunciado sentencia definitiva[27].

39. *El principio de lealtad y probidad en el proceso*

En las Disposiciones Fundamentales del Título Preliminar, el nuevo código introdujo el principio de *lealtad* y *probidad* en el proceso, que no existía en el código derogado.

En efecto, el artículo 17 dispone: "El juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendientes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes."

En armonía con esta norma dirigida al juez, se introdujo también otra relativa a los deberes de las partes y de los apoderados: el Artículo 170 que dispone: "Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. En tal virtud deberán:

1º Exponer los hechos de acuerdo a la verdad.

2º No interponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos.

3º No promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan. *Parágrafo Unico*: Las partes y los terceros que

27. Cfr. LORETO, ob. cit. p. 30.

actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren. Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:

1º Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas.

2º Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa.

3º Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso.

Se trata de una materia delicada, que ha preocupado siempre a los sujetos del proceso, porque en ella intervienen la conciencia moral del sujeto y las condiciones objetivas que determinan la moralidad de los actos humanos. Por ello la Relación Grandi, comentando la disposición del código italiano de 1942 expresa: "Los litigantes deberán percibir que la astucia no sirve para ganar los pleitos y que, además, puede ser, a veces causa para perderlos; se verán así obligados a comportarse con buena fe, sea para obedecer a su conciencia moral, sea para ajustarse a su interés práctico, pues éste les mostrará que en definitiva la deshonestidad no constituye nunca un buen negocio, ni en los procesos"[28].

Se espera que el mejoramiento de las instituciones procesales que introduce el nuevo código, favorecerá la actuación de las partes y de sus apoderados con lealtad y probidad, o impida en lo posible la mala fe procesal, pues como enseña Couture, "El litigante deshonesto es fruto del tipo de proceso vigente. Son las infinitas posibilidades de dilación que éste depara, las que instan al litigante de escasos escrúpulos a poner tiempo y fatiga de por medio, a fin de evitar o prolongar su necesaria derrota. Abreviado y simplificado el procedimiento, determinados con precisión los poderes del magistrado para contener al litigante malicioso y acentuadas las responsabilidades del mismo y de su abogado, el problema del litigante malicioso podría disminuir de entidad"[29].

28. Cfr. Rel Grandi, cit. Nº 17.
29. Cfr. *Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil.* Depalma. Buenos Aires 1945, Nº 60.

La dificultad del problema moral del "*improbus litigator*", se enlaza en esta materia con la dificultad doctrinal, dogmática y positiva al mismo tiempo, de definir los conceptos, deslindar y positiva al mismo tiempo, de definir los conceptos, deslidar situaciones y concretar, en disposiciones positivas, la complejidad de la cuestión que nos ocupa. A título ilustrativo, vale la pena confrontar la forma adoptada en diversas legislaciones para expresar la regulación de esta materia.

Austria: Ordenanza Procesal Civil. *Art. 178:* "Cada una de las partes deberá, en sus exposiciones, aducir en modo completo, determinado y conforme a la verdad todas las circunstancias de hecho que ocurrieron en el caso, para motivar sus propuestas."

Alemania: Ordenanza Procesal Civil. *Art. 138:* "Las partes han de hacer sus declaraciones sobre las circunstancias de hecho con toda amplitud y conforme a la verdad".

Hungría: Código de Procedimiento Civil. *Art. 222:* "La parte o el representante que contrariamente a su mejor ciencia afirma un hecho referente al negocio, que evidentemente no es verdadero, niega evidentemente sin fundamento un hecho referente al negocio, o si se refiere a una prueba evidentemente sin fundamento, será penado en el proceso con multa hasta de seiscientas coronas".

Italia: Proyecto *Chiovenda* de la Comisión de Postguerra 1919. *Art. 20:* "En la exposición de los hechos las partes y sus abogados tienen el deber de no decir a conciencia cosa contraria a la verdad. La parte en la primera ocasión que tenga para hacerlo, deberá declarar si los hechos singulares expuestos por el adversario son según la convicción conformes a la verdad...".

Italia: Proyecto preliminar de *Solmi*. 1937. *Art. 26:* "Las partes, los procuradores y los defensores tienen la obligación de exponer al juez los hechos según la verdad y de no proponer demandas, defensas, excepciones o pruebas que no sean de buena fe. En caso de mala fe o de culpa grave, el juez, en la misma sentencia con la cual decide la causa, condenará a la parte, al procurador o al defensor, eventualmente *in solidum* entre ellos, a una pena que, según la gravedad de los hechos y del monto del valor de la causa, puede extenderse hasta diez mil liras, sin perjuicio de lo que dispone el Art. 77" (Condena en costas).

Italia: Proyecto Definitivo *Solmi*. 1939. *Art. 29:* "Las partes y sus procuradores y defensores tienen el deber de obrar con probidad y con lealtad."

Italia: Proyecto *Carnelutti*. 1926. *Art. 28:* "La parte tiene el deber de afirmar al juez los hechos según la verdad y de no interponer pretensiones, defensas o excepciones sin haber ponderado el fundamento."

Italia: Código de Procedimiento Civil de 1942. *Art. 88:* "Las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad. En caso de falta de los defensores a este deber, el juez debe referirlo a la autoridad que ejercita el poder disciplinario sobre él."

Uruguay: Proyecto de Código de Procedimiento Civil de *Couture*. 1945. *Art. 7:* "El juez deberá tomar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendientes a prevenir o sancionar cualquier acto contrario a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y las faltas a la lealtad y probidad en el debate."

Argentina: Ley 14.237. *Art. 21:* "En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para establecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso."

Colombia: Código de Procedimiento Civil. 1970: *Art. 37.* Deberes del Juez. 3: "Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal." *Art. 71.* Deberes de las partes y sus apoderados: 1. "Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos."

Como se ve de esta diversidad de formulaciones del principio en las legislaciones, la obligación de "veracidad" ha evolucionado hacia la obligación genérica de *no litigar de mala fe*, que se refiere principalmente al resultado final del proceso y que se limita a exigir en el litigante la convicción de tener la razón[30].

30. CALOGERO, Guido. *Probità, Lealtà, Veridicità nel Processo Civile*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*. 1939, I, pp. 129 y ss., quien nos ofrece una excelente exposición de esta evolución en las leyes y doctrinas.

En el fondo de estas distinciones, se encuentra siempre el contraste entre estas dos actitudes del litigante: la de *temeridad* y *audacia*, con daño al adversario, que lleva consigo el elemento dolo; y la del litigante que procede habiendo *ponderado el fundamento de su demanda*, en obediencia a la *obligación de no litigar de mala fe* que exige del litigante *la convicción de tener la razón*.

Como enseña Carnelutti, no toda tentativa del litigante de hacerse conceder la razón, aun si no la tiene, se puede llamar fraude o dolo, si se recuerda que existe un *dolus bonus* y un *dolus malus*. Uno de los mayores problemas morales y por ello, uno de los peores riesgos de la abogacía, está en advertir la línea –algunas veces invisible– que separa la *astucia* del *engaño*[31]. O como dice Calogero valiéndose de un parangón muy expresivo: "Como en el juego, así en el proceso no se hace trampa, pero no se muestran las cartas". Es pues, la corrección en el juego, lo que se mira cuando se propugna la "obligación de lealtad", que no implica en absoluto, que el jugador correcto tenga por ello también la "obligación de veracidad", de "descubrir al adversario su juego"[32]. El proceso –dice Couture– como toda lucha, tiene algunas reglas que castigan la infracción; pero el luchador despliega todos los juegos de la habilidad para vencer sin violar esas reglas[33].

Además del deber de lealtad o probidad en el proceso, la disposición del Art. 17 sanciona la Colusión y el Fraude procesales y cualquier otro acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes.

La Colusión y el Dolo procesal son manifestaciones del fraude. Para Couture, la *Colusión procesal* es "la confabulación o entendimiento malicioso de un litigante contra otro o con terceros, dirigido a producir perjuicio a su adversario en el proceso o a terceros a quienes alcanza la cosa juzgada"; y el *Dolo procesal*, "la conducta de quien maliciosamente se sirve del proceso para causar a otro un daño material o moral"[34]. Pero ambos son manifestación del *fraude*, que es "la calificación

31. Cfr. CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento*, en *Riv. di Diritto Processuale Civile*, 1926. II, pp. 14 ss.
32. Cfr. CALOGERO, ob. cit. p. 134.
33. Cfr. COUTURE, *Proyecto*, cit. p. 107.
34. Cfr. COUTURE, *Vocabulario Jurídico*. VOZ: Colusión (procesal) y VOZ: Dolo (Procesal).

jurídica de la conducta consistente en una maquinación o subterfugio insidioso tendiente a la obtención de un provecho ilícito"[35], y dan lugar al proceso fraudulento.

El elemento característico del *fraude procesal* –enseña Carnelutti– es el fin, que consiste en desviar el proceso de su curso, que es la decisión de la litis según justicia, o en otros términos: la justa composición de la litis[36]; y distingue el fraude procesal *unilateral*, según que a esta perversión del proceso tienda cada parte por su cuenta, y el *bilateral*, si las dos partes actúan de acuerdo. Es la primera de estas formas de fraude procesal, según Carnelutti, la que requiere más cautela, porque mientras las partes son verdaderamente contrarias la una a la otra, una cierta tendencia de cada una a arrimar el agua a su molino, y no al de la justicia, es inevitable y podría decirse que necesaria. Y para evitarlo está el *contradictorio*. La mejor defensa contra el fraude es el contradictorio –opina Carnelutti–. No hay nada mejor para dar aire y sol al proceso; y con el aire y el sol, la salud. Contra la astucia de una parte, el juez cuenta infinitamente menos que el adversario. En cambio, cuando para el fraude las dos partes se ponen de acuerdo, la cosa cambia bruscamente, el poder saludable del contradictorio falta del todo, y se reduce a una apariencia, dando lugar al *proceso fraudulento*[37].

En el mismo sentido, Guarnieri Citati, define el dolo bilateral como "el acuerdo fraudulento, en gracia del cual las partes se proponen obtener por medio del proceso un fin ilícito, contrario a una norma o a un principio jurídico"[38].

En esta materia puede decirse que existe consenso en cuanto al concepto del dolo procesal y sus formas unilateral y bilateral. Las diferencias se encuentran en los remedios que se sugieren contra el dolo procesal bilateral y la posibilidad de revocación de la sentencia efecto del dolo bilateral, cuando una de las partes, arrepentida del acuerdo fraudulento, lo denuncia e intenta restaurar el orden jurídico violado. La hipótesis fue objeto de una famosa Sentencia de la Corte de

35. Cfr. COUTURE, ob. cit. VOZ: Fraude.
36. Cfr. CARNELUTTI, *Contro il processo fraudolento*, en *Riv. di Dirit. Proc. Civ.* 1926, II, p. 14.
37. Cfr. CARLNELUTTI, Riv. cit. p. 16.
38. Cfr. GUARNIERI CITATI, Andrea. *Dolo processuale bilateral e revocazione*, en *Riv. di Dirt. Proc. Civ.* 1927, I, pp. 261 y ss.

Casación del Reino de Italia, del 12 de septiembre de 1925 (caso D'Angelo-Pecoraino). La Corte negó la apelación de la parte arrepentida, que había triunfado en la causa, por dos razones: 1. "Activamente legitimada para impugnar una sentencia es sólo la parte vencida". 2. "No vale para sustituir el vencimiento, el cambio de parecer de la parte sobre su interés, ni siquiera si la sentencia impugnada es efecto de colusión fraudulenta entre los litigantes para eludir una norma de la ley de orden público, como lo fue el caso, para obtener la disolución de un matrimonio mediante la acción de nulidad"[39].

Distintos del proceso frudulento son: el *proceso aparente* y el *proceso simulado*.

Para Chiovenda, el *proceso aparente* es una figura meramente histórica: es el empleo de formas procesales con el fin de constituir negocios jurídicos, como medio, consentido por el derecho mismo, de suplir las imperfecciones del derecho. Ejemplo: la *in jure cessio* romana; la declaración de deuda bajo la forma de confesión judicial, para tener un título ejecutivo, origen de los instrumentos *guarentigios*, etc.

En cambio, el *proceso simulado* es el empleo del juicio con el fin de obtener el resultado práctico correspondiente a un negocio que no se puede constituir válidamente (ejemplo: donación entre cónyuges); o con el fin de hacer creer la existencia de un estado jurídico que las partes entre sí reconocen inexistente (convenio en daño de deudores)[40].

Lo que caracteriza el proceso simulado es que la sentencia, resultado del proceso, opera solamente frente a terceros y no entre las partes; por ello no todos los casos de fraude bilateral en el proceso son al mismo tiempo casos de simulación. Cuando la sentencia vale también entre las partes, entonces estamos en el caso del proceso fraudulento, más bien que simulado, porque simular es emitir una declaración frente a terceros, que no corresponde a la voluntad de los declarantes,

39. Cfr. Para la polémica en torno a la materia, que escapa al propósito general de nuestro comentario, véase: CARNELUTTI. *Riv. di Dirt. Proc. Civ.* cit. 1926, II, p. 14. GUARNIERI CITATI Andrea, Riv. cit. 1927, I, pp. 261 y ss. LIPARI F.G. *Appunti sul dolo processuale bilaterale*. Riv. cit. 1928, I, pp. 285 y ss. En todo caso, la solución depende del derecho positivo de los diversos países que han consagrado el principio.
40. Cfr. CHIOVENDA. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Trad. Casais y Santaló. Madrid, 1922. Tomo I, p. 113 y p. 329.

y si los resultados del proceso son queridos por las partes entre ellas y frente a terceros, entonces se está propiamente en el caso del proceso fraudulento[41].

De otra parte, puede haber simulación sin fraude; v.gr. el caso de dos juristas que deseando obtener del juez la solución de un contraste de opiniones entre ellos, simulan la existencia de una controversia cuya decisión depende de la solución de aquella duda y piden esa decisión en juicio.

Por tanto –afirma Carnelutti–, los problemas de la simulación y del fraude bilateral en el proceso son diversos: el de la simulación es un problema que se resuelve según las exigencias que determinan la prevalencia de la forma sobre la voluntad en los actos, y en particular en los negocios procesales (teorías de los actos procesales); en cambio, el del fraude bilateral la solución debe inspirarse en la tendencia del proceso a la solución justa, y por esto, debe ser buscada con los medios que permitan una reacción, preventiva o represiva, contra las fuerzas que tienden a alejar al juez de la justicia[42].

Por ello, puede aceptarse parcialmente la solución de Chiovenda, en cuanto expresa que en los casos de ilicitud y de mala fe (fraude procesal) ellos operan como hechos *impeditivos* del derecho, lo mismo que toda circunstancia que prive al hecho de desarrollar el efecto que le es normal y que constituye su razón de ser, por lo que la sentencia debe ser desestimatoria de la demanda, pero no compartimos la idea de extender esta solución al caso de la simulación o proceso simulado[43].

40. *Los principios de igualdad, publicidad y responsabilidad*

Estos principios no son de menor importancia en el proceso civil venezolano que los señalados hasta ahora.

a) El de *igualdad* de las partes en el proceso quiere asegurar que los Tribunales mantengan a las partes en los derechos y facultades comunes a ellos, sin preferencias ni desigualdades; y en los privativos de cada una, que las mantengan respectivamente, según lo acuerda la ley a la diversa

41. Cfr. En este sentido, CARNELUTTI, ob. cit. p. 18.
42. Cfr. CARNELUTTI, ob. cit. p. 19.
43. Cfr. CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Casais y Santaló. Madrid 1922. Tomo I, pp. 113 y 329.

condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género (Art. 15 C.P.C.). Del mismo modo se asegura la igualdad de las partes en el ámbito de los términos y recursos al establecer el Artículo 204 C.P.C. que "los términos y recursos concedidos a una parte, se entenderán concedidos a la otra, siempre que de la disposición de la ley o de la naturaleza del acto no resulte lo contrario".

Se trata indudablemente de la igualdad jurídica de las partes, y no de la igualdad económica o social de las mismas, pues de éstas la primera la trata de alcanzar el código con la institución de la "justicia gratuita" (Art. 178 C.P.C.), que estudiaremos en particular a su tiempo, y la segunda está asegurada por la Constitución, que no permite discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo o la condición social; no admite otro tratamiento oficial sino de *"ciudadano"* y *"usted"* y no reconoce títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias, estando todos los habitantes de la República, tanto venezolanos como extranjeros, sometidos a cumplir y obedecer la Constitución, las leyes y los decretos, resoluciones y órdenes que en ejercicio de sus atribuciones dicten los órganos legítimos del Poder Público[44].

Una manifestación muy concreta de este principio de igualdad, la constituye, en materia probatoria, la nueva disposición del Artículo 406, según la cual la parte que solicite las posiciones juradas, deberá manifestar estar dispuesta a comparecer al Tribunal a absolverlas recíprocamente a la parte contraria, sin lo cual aquéllas no serán admitidas.

b) El de *publicidad* asegura el desenvolvimiento del proceso en tal forma que cualquier persona, bien sea parte o extraño a la causa, pueda imponerse de las actuaciones que se realicen o existan en los Tribunales, estableciéndose la publicidad de los actos, salvo que por causa de decencia se ordene proceder a puertas cerradas; y pudiendo cualquier persona tomar los datos y copias simples que requiera, de autos existentes en el Tribunal sin previo decreto o autorización del juez. (Arts. 24 y 190 C.P.C.).

44. Cfr. Art. 21 C.P.C., Arts. 52 y 61 de la Constitución Nacional.

La justicia se encuentra sometida, así, al directo control y examen tanto de las partes como del público en general, no existiendo la posibilidad, vigente en otros tiempos, de una justicia secreta o de gabinete, extraña a la concepción democrática de nuestro tiempo, única capaz de asegurar los derechos y la dignidad de los ciudadanos[45].

c) Finalmente, el principio de *responsabilidad* no es otra cosa que la proyección necesaria en el campo del proceso civil del precepto constitucional según el cual el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley. De allí que los funcionarios del orden judicial sean también responsables, conforme al Código de Procedimiento Civil, al Código Penal y a las leyes orgánicas, de las faltas y delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones, pudiendo además las partes o sus causahabientes intentar el recurso de queja para hacer efectiva la responsabilidad civil de los jueces en materia civil, conforme al Título XVII del Libro Tercero del Código de Procedimiento[46].

d) Resumiendo los diversos caracteres formales del proceso civil venezolano, que le dan su estructura peculiar, se puede decir: que el proceso civil venezolano es un proceso escrito, fraccionado en multitud de fases o etapas preclusivas, cuya secuencia asegura la ley; en el cual una vez citado el demandado para la contestación, ya no tienen necesidad de ser citadas de nuevo las partes para ningún otro acto del proceso, debiendo el juez atenerse, exclusivamente, a lo alegado y probado por las partes, a quien corresponde también, exclusivamente, cuidar del adelanto y desarrollo del proceso, sin que el juez pueda proceder sino a instancia de las mismas, pero estando obligado a mantener la igualdad de las partes y la publicidad de la causa, siendo el juez responsable de las faltas, delitos y violaciones de la ley que cometa en el ejercicio de sus funciones.

41. *Naturaleza jurídica del proceso*

Hemos visto, al tratar de la estructura del proceso, cómo es el proceso. Ahora, al estudiar su naturaleza jurídica, se trata de saber *qué es el proceso*.

45. Cfr. Arts. 19, 209 y 219 C.P.C.
46. Cfr. Cost. Nac. Art. 121. C.P.C. Arts. 26, 27, 707 y ss.

Diversas teorías existen en el campo doctrinal para explicar la naturaleza jurídica del proceso. Las más importantes son: la que concibe el proceso como un *contrato*; la que lo considera como un *cuasicontrato*; la teoría que lo caracteriza como una *relación jurídica*; la que considera que el proceso no es una relación jurídica sino una *situación jurídica*; la que lo considera como una *entidad jurídica compleja*, y la que sostiene que el proceso es *una institución*.

En esencia, el problema consiste, como dice Couture, en determinar si este fenómeno forma parte de alguna de las figuras conocidas del derecho, o si, por el contrario, constituye por sí solo una categoría especial, y en este último caso, decidir qué es el proceso como fenómeno particular[47].

Trataremos de resumir las diversas teorías, para presentar el estado actual de esta cuestión.

42. *El proceso como contrato*

La doctrina del proceso como contrato se debe a los civilistas franceses de los siglos XVIII y XIX. Para formularla, tomaron inspiración en ciertos conceptos tomados del Derecho Romano que habían sobrevivido a su aplicación práctica. El más importante de éstos era el concepto de *litis-contestatio*, como se concebía en la época clásica y en el período formulario.

La *litis-contestatio* en el Derecho Romano era un *contrato* celebrado por las partes para someter la decisión de sus conflictos a un juez privado, en los primeros tiempos, y para obtener la fórmula en el derecho posterior. Mediante este contrato las partes quedaban sometidas al juez y obligadas a resolver la cuestión litigiosa en el proceso que se iniciaba con él, y producía el efecto consuntivo de una novación del derecho material discutido, el cual no podía ya más hacerse valer fuera del aquel determinado proceso, en el cual se consumía.

La evolución del concepto del Estado, la extensión del *Imperium* y el nuevo concepto de la jurisdicción que llevaron al Estado a asumir la función pública de administrar justicia mediante los jueces, hicieron inútil después el contrato de *litis-contestatio* de las primeras épocas, pero Justiniano mantuvo la expresión para indicar el momento del proceso en

47. Cfr. COUTURE, *Fundamentos*, cit. p. 124.

el cual el demandado respondía, contestaba a la pretensión del demandante.

Sin embargo, la doctrina francesa de los siglos XVIII y XIX siguió considerando que el juicio suponía la existencia de una convención entre partes, en la cual ambos litigantes se hallaban de acuerdo en aceptar la decisión de su conflicto por el juez[48].

La idea del proceso como contrato, nos dice Couture, cabalgaba sobre dos grandes disposiciones de espíritu del siglo XVIII: la primera, consecuencia del neoclasicismo, que consistía en referir los fenómenos modernos a los de la antigüedad; la segunda, la de examinar los fenómenos jurídicos y sociales bajo la especie del contrato. Fueron concebidos así como contratos las más diversas instituciones, como el matrimonio, la letra de cambio, la asociación y hasta la convivencia social.

Entre el pensamiento de Pothier –dice Couture–, que fundamenta la cosa juzgada en el contrato privado, y el pensamiento de Rousseau, que fundamenta la convivencia humana en el contrato social, existe una diferencia de escala pero no de esencia. El pensamiento de Pothier es microscópico, el pensamiento de Rousseau es macroscópico[49].

La crítica a esta doctrina contractualista del proceso es muy simple.

En el proceso moderno no existe el contrato de *litis contestatio* del Derecho Romano, ni puede encontrarse en la contestación de la demanda semejanza alguna con aquel viejo contrato judicial.

Aunque el demandado no quiera contestar la demanda y no comparezca a dicho acto, el proceso sigue su curso, en ausencia del demandado (proceso contumacial-confesión ficta). El demandado tiene solamente la "*carga*" de comparecer, para evitar los efectos dañosos que su ausencia le produciría en el

48. Para una noción clara de la *litis-contestatio* en el proceso romano. Cfr. GUGINO, Giuseppe, *Trattato Storico della Procedura Civile Romana*. Palermo 1873, p. 200. CARRELLI Odoardo, *La genesi del procedimiento formulare*. Milano. Giuffre. 1946. MAZZACANE Elio, *La litis contestatio nel processo civile canónico*. Ed. Eugenio Jovene. Napoli. 1954. BETTI, Emilio *Istituzioni di Diritto Romano*. Padova. 1947. Vol. I, pp. 256, 259, 278.

49. COUTURE. *Fundamentos*, p. 128. IDEM, *Introducción al estudio del proceso civil*, página 48.

proceso. Es un imperativo de su propio interés el que lo impulsa a comparecer, mas no una *obligación procesal*, ni mucho menos la necesidad de una convención con la otra parte. Los ciudadanos, en el derecho moderno, y el demandado en el proceso están *sujetos* al derecho y a los efectos del proceso o de la acción iniciada, aun en contra de su voluntad. Sería pues, como dice Couture, subvertir la naturaleza de las cosas, ver en el proceso que es una situación coactiva, a la cual están *sujetas* las partes, un acuerdo de voluntad o un contrato.

Sin embargo, no puede desconocerse que la concepción contractualista del proceso fue el primer intento de sistematización que hubo en esta ciencia, pero que hoy no tiene sino un valor meramente histórico[50].

43. *El proceso como cuasicontrato*

Ante la debilidad de esta concepción, se dijo después que si el proceso no es un contrato, porque en la litis contestación el consentimiento de las partes no es enteramente libre, ni tampoco un delito ni un cuasidelito, puesto que el litigante no hace más que usar de su derecho, lejos de violar los del otro, el proceso es entonces un *cuasicontrato*, que es la otra fuente de las obligaciones que existe.

En la base de esta concepción seguía privando la idea de que la litis-contestación es un acto bilateral en su forma y originador de una obligación también bilateral en sí misma, pero que no presentando los caracteres del contrato, ni del delito ni del cuasidelito, se presenta en cambio con los caracteres del cuasicontrato.

Esta ha sido la teoría acogida tradicionalmente entre nosotros tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Nuestro comentarista Borjas, al tratar de la contestación de la demanda, nos dice que el juicio se constituye por virtud de la contestación, la cual crea entre las partes una situación jurídica especial, ligándolas por un vínculo voluntariamente contraído, que no les permite cambiar ni modificar, sin su mutuo acuerdo, los extremos de la controversia, ni al actor retirar su demanda y desistir del procedimiento sin anuencia del demandado. Esta situación, que no es contractual, pero

50. COUTURE. *Fundamentos*, cit. pp. 127 a 129.

que sí tiene por fundamento un hecho lícito y voluntario, es lo que se denomina el *cuasicontrato de la litis* o el *cuasicontrato judicial*[51].

A la concepción del proceso como cuasicontrato se llega, pues, por eliminación. Analizadas las fuentes de las obligaciones y encontrando que el proceso no es un contrato, ni delito, ni cuasidelito, se acepta la menos imperfecta, el cuasicontrato. Sin embargo, como dice Couture, se ha omitido considerar que las fuentes de las obligaciones no son solamente cuatro sino cinco. La doctrina no ha tenido en cuenta la ley, y es ésta justamente la que crea las supuestas obligaciones que la doctrina estaba buscando.

El proceso es una relación jurídica específica, regida por la ley[52].

44. *El proceso como relación jurídica*

La teoría del proceso como relación jurídica nació el Alemania. Fué expuesta por Oskar von Bülow en 1868 en su libro *"La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales"*.

Nunca se ha dudado –dice Bülow– que el Derecho Procesal Civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado también que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una *relación jurídica*.

Esta simple e importantísima realidad para el derecho científico no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida.

Se acostumbra a hablar tan sólo, de relaciones de derecho privado; sin embargo –dice Bülow–, a ésta no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos; desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos, y desde que también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y

51. Cfr. BORJAS, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*. Ed. Biblioamericana. Tomo III, p. 49.
52. Cfr. COUTURE, *Fundamentos*, cit. p. 131.

cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece con toda evidencia al derecho público, y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*[53].

La relación jurídica procesal –agrega Bülow– se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica continua. El proceso es una *relación jurídica* que *avanza* gradualmente y que se *desarrolla* paso a paso. Mientras las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión y va desarrollándose mediante una serie de actos, de modo que está en un constante movimiento y transformación.

Esta doctrina de Bülow, cuyos lineamientos fundamentales acabamos de exponer, fue recibida en Italia por Chiovenda, fundador de la escuela sistemática de derecho procesal, quien la hizo el centro de su sistema y de su doctrina sobre el proceso, desenvolviendo su noción hasta sus últimas consecuencias, examinando su naturaleza, su contenido, los sujetos de relación, la constitución de la misma, y el desarrollo, trámites y fin de la relación[54].

a) En cuanto a su *naturaleza*, Chiovenda nos dice que la relación jurídica procesal es una relación autónoma y compleja, que pertenece al derecho *público*. Es autónoma porque tiene vida y condiciones propias, independientes y diferentes de la existencia de la voluntad concreta de ley afirmada por las partes. Una cosa es la acción y otra la relación procesal. Aquélla corresponde a la parte que tiene razón; ésta es fuente de derechos y obligaciones para todas las partes. Es compleja, por cuanto no comprende un solo derecho u obligación, sino un conjunto indefinido de derechos como sucede con muchas relaciones, aun de derecho civil (la sociedad); pero todos estos derechos coordinados a un fin común, que recoge en unidad todos los actos procesales. Y pertenece al derecho público porque se deriva de normas que regulan una actividad pública.

53. Cfr. VON BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. castellana de Rosas Lichtschein, Miguel Angel. EJEA. Buenos Aires. 1964. pp. 1 y 2.
54. Cfr. CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*. Trad. de Casais y Santaló. Madrid. Tomo I, pp. 123 y ss.

b) En cuanto a su *contenido*, nos dice Chiovenda que el deber fundamental que constituye como el esqueleto de toda relación procesal, es el deber del juez de proveer las demandas de las partes. Al juez corresponde el deber de hacer todo lo necesario en el caso concreto para proveer (oír las partes, asumir las pruebas, etc.). Este deber forma parte del oficio del juez, corresponde al juez con relación al Estado y está garantizado por la responsabilidad penal y civil del juez que se niega a proveer, aun bajo pretexto de silencio, oscuridad, contradicción o insuficiencia de la ley.

c) En cuanto a los *sujetos* de la relación procesal, dice que tiene al menos tres: el órgano jurisdiccional (juez) y las partes (actor y demandado). Pero podemos encontrar más personas del lado del actor o del lado del demandado (litis-consorcio activo o pasivo) o de ambos lados (litis-consorcio mixto). Otras veces un interesado puede intervenir en una relación procesal ya existente originalmente entre dos sujetos y pedir por su cuenta, en favor propio, la actuación de la ley (intervención voluntaria, tercería); o puede ser llamado el tercero por una de las partes para que intervenga en la relación (intervención forzada, cita de saneamiento o garantía), etc.

d) En cuanto a su *constitución*, la relación procesal se constituye con la *demanda* en el momento en que es comunicada a la otra parte, puesto que no se puede estatuir en juicio si no es oída o al menos citada la parte contra quien se ha propuesto la demanda. Pero para que pueda constituirse la obligación del juez de proveer las demandas, se requiere, además de una demanda perfecta y regularmente notificada al demandado, que es el acto constitutivo de la relación, algunas condiciones que se llaman *presupuestos procesales*, tales como la *competencia* del órgano jurisdiccional, la *capacidad procesal* de las partes y, en algunos casos, el poder de pedir en nombre propio la actuación de una voluntad de ley que garantice un bien a *otros* (sustitución procesal), a falta de los cuales la relación no tiene validez formal y se hace nulo todo el proceso.

e) Y finalmente, la relación procesal es una relación en *movimiento*, en acción. Mientras las partes y el juez se ocupan de la relación sustancial que es el objeto del juicio, viven ellos mismos en una relación que desarrollan con su actividad. La relación se desarrolla, pues, mediante la serie de actos de las

partes y del juez que son necesarios para llegar al pronunciamiento de la sentencia. Pero la relación puede *transformarse* bien objetivamente (cambio del objeto de la controversia), bien *subjetivamente* (cambio de las partes o del juez); y puede *interrumpirse* (muerte de una de las partes) o *paralizarse*. Por último, la relación puede extinguirse: bien por vía *normal* (sentencia), bien por medio de equivalentes (transacción, conciliación, desistimiento de la acción, convenimiento en la demanda).

Esta teoría del proceso como relación jurídica, puede considerarse dominante en el campo procesal, no obstante las críticas que desde varios ángulos se formulan a esta teoría y las posiciones y doctrinas que han aparecido con posterioridad, especialmente la teoría del proceso como situación jurídica. Sin embargo, en lo que no existe acuerdo unánime entre los sostenendores de esta teoría, es en la forma de concebir la relación misma.

Así, mientras algún autor (Köhler) considera que la relación es solamente entre el actor y el demandado, de modo que puede representarse como dos líneas paralelas que corren del actor al demandado y del demandado al actor:

Actor Demandado

Por otra parte, se sostiene que tales vínculos no pueden expresarse con líneas paralelas sino en forma de ángulo, de modo que se comprenda también en la relación al juez, que es un sujeto necesario de ella y hacia el cual se dirigen las partes sin entrar en directa comunicación o vinculación las partes entre sí (Hellwig):

Juez

Demandado

Actor

Y finalmente una tercera posición considera que la relación procesal es triangular. No se trata solamente de vinculación de las partes al juez y del juez a las partes, sin nexo o ligamen de las partes entre sí. Y se sostiene que existen vínculos entre las partes, que vienen a cerrar el triángulo (Wach - Chiovenda):

Juez

Demandado

Actor

Estos gráficos nos demuestran –dice Couture– que el hecho de que el proceso sea una relación jurídica, no obsta a que, en su unidad, se halle compuesta de un conjunto de relaciones jurídicas menores que ligan no solamente a las partes con el órgano de jurisdicción, sino también a las partes entre sí, pudiendo considerarse correcta esta última proposición[55].

45. *El proceso como situación jurídica*

La teoría que concibe al proceso como una situación jurídica se debe a Goldschmidt, James, quien dedicó a su exposición un famoso libro publicado en Berlín en 1925, titulado *El proceso como situación jurídica*, cuyo pensamiento fundamental se condensa luego en 1936 en una obrita en castellano publicada en España por la Editorial Labor, S.A., titulada "Teoría General del Proceso".

Goldschmidt comienza la construcción de su teoría con una crítica a la doctrina de la relación jurídica procesal y sostiene que este concepto no tiene ninguna trascendencia ni con respecto a sus presupuestos ni con respecto a su contenido.

Los llamados presupuestos de la relación jurídica procesal o "presupuestos procesales", entre los cuales contempla Bülow a la competencia del juez y a la capacidad procesal de las partes, no son tales presupuestos del proceso, dice Goldschmidt, sino más bien presupuestos de una decisión sobre el fondo. La falta de estos requisitos no obsta a la constitución del proceso, sino a una decisión sobre el mérito o fondo de la causa.

Es verdad que según la Ley de Enjuiciamiento Civil española y también según las leyes de procedimiento latinoamericanas derivadas de aquélla, la inexistencia de estos "presupuestos" son objeto de excepciones dilatorias (Art. 248 C.P.C. venezolano de 1916), y que estas excepciones suspenden el curso de la demanda, cuando el demandado las propone en el término legal. Sin embargo, transcurrido el término sin que el demandado haya propuesto la excepción, la cuestión puede resolverse todavía como cuestión previa al fondo, porque la falta de los presupuestos procesales impide una decisión sobre el fondo, pero no impide que la relación surja aunque sea

55. COUTURE, *Fundamentos*, cit. p. 135.

a los limitados efectos de declararse la inexistencia de aquellos requisitos[56].

Tampoco en cuanto a su contenido tiene trascendencia el concepto de relación jurídica procesal. Es verdad que incumbe al juez la obligación de conocer la demanda, pero para fundar esta obligación –dice Goldschmidt– no se precisa una relación procesal. Tal obligación se basa en el derecho público, que impone al Estado el deber de administrar justicia mediante el juez, cuyo cargo, a su vez, le impone al mismo tiempo, obligaciones frente al Estado y al ciudadano. No se puede decir que estas obligaciones no tengan correlatividad con ningún derecho subjetivo. Al contrario, en el Estado de derecho esa correlación existe; pero la infracción de estas obligaciones, la lesión de esos derechos, particularmente la denegación de justicia, es de mera índole pública criminal o civil, pero no procesal, y los medios para hacerla valer caen fuera del trámite regular de los recursos[57].

Finalmente, tampoco incumben a las partes obligaciones procesales. Es verdad – dice Goldschmidt– que en el Derecho Romano, y hasta las postrimerías de la Edad Media, el demandado tenía la obligación de cooperar a la *litis-contestatio* y dar inicio voluntariamente a la fase del proceso que hace posible una sentencia sobre el fondo.

Pero en el proceso moderno no existe ya una obligación del demandado de someterse a la jurisdicción estatal, sino un estado de sujeción a la misma. Por eso la no comparecencia del demandado no implica otra consecuencia que la continuación del pleito sin su presencia (juicio en rebeldía, proceso contumacial, confesión ficta). La "obligación" del demandado de cooperar a la *litis-contestatio* ha sido sustituida por la "carga" de comparecer y contestar la demanda, la cual se impone al demandado en su propio interés. Mucho menos incumben obligaciones al demandante, sino solamente cargas, especialmente la de afirmar hechos en la demanda, la de aportar pruebas, etc. Estas cargas son imperativos del propio interés, de las cuales la parte tiene que desembarazarse si

56. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Teoría General del Proceso*, pp. 18-19.
57. Cfr. GOLDSCHMIDT, ob. cit. pp. 19-20.

quiere obtener una ventaja procesal o prevenir un perjuicio en su situación procesal[58].

Partiendo de esta crítica, Goldschmidt elabora su teoría de que el proceso no es una relación jurídica sino una situación jurídica, esto es: *El estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas.*

Para explicar su teoría, Goldschmidt advierte que el espectáculo de la guerra le deparó el convencimiento de que el vencedor puede llegar a disfrutar un derecho que se legitima por la sola razón de la lucha. En tiempo de paz el derecho es estático y constituye algo así como un reinado intocable; esta situación del derecho político se proyecta en forma idéntica al orden del derecho privado. Pero estalla la guerra y entonces todo el derecho se pone en la punta de la espada: los derechos más intangibles quedan afectados por la lucha y todo el derecho, en su plenitud, no es sino un conjunto de posibilidades, cargas y expectativas. De la misma manera, también en el proceso el derecho queda reducido a posibilidades, cargas y expectativas, ya que no otra cosa constituye ese estado de incertidumbre que sigue a la demanda y que hace que, en razón del ejercicio o de la negligencia o abandono de la actividad, pueda ocurrir que, como en la guerra, se reconozcan derechos que no existen.

Esta metáfora, tan expresiva, le permite a Goldschmidt distinguir después una doble naturaleza de las normas jurídicas.

Por un lado, las normas jurídicas representan imperativos a los ciudadanos, y por otro son medidas para el juicio del juez. La primera cualidad conviene a las normas jurídicas, en cuanto se refiere a su función extrajudicial (consideración estática o material del derecho). De la segunda cualidad ha de partir la consideración dinámica o procesal.

Ahora bien, cuando el derecho se considera como medio del arbritrio judicial, como medida para el juicio del juez, todos los nexos jurídicos han de consistir en una relación con la sentencia judicial esperada, es decir, que estriban en la expectativa de la conducta del juez, del partido que tomará y, en último término, de la sentencia que dicte.

58. Cfr. GOLDSCHMIDT, ob. cit. pp. 20-21-22.

De aquí deduce Goldschmidt los verdaderos nexos procesales de las partes, que hace consistir no ya en derechos y obligaciones en el sentido tradicional, sino en *expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas procesales*, que son las categorías jurídicas creadas por Goldschmidt para la construcción de su teoría del proceso como situación jurídica.

Así, pues, los nexos jurídicos de los individuos que se constituyen correlativamente en el proceso, son: *expectativas* de una sentencia favorable o *perspectivas* de una sentencia desfavorable. La expectativa de una sentencia favorable depende regularmente de un acto procesal anterior de la parte interesada, que se ve coronado con el éxito. Al contrario, la *perspectiva* de una sentencia desfavorable depende siempre de la omisión de un acto procesal de la parte interesada. La parte que se encuentra en situación de proporcionarse mediante la realización de un acto una ventaja procesal, y en definitiva, una sentencia favorable, tiene una *posibilidad* u *ocasión procesal*. Por el contrario, cuando la parte tiene que ejecutar un acto para prevenir un perjuicio procesal y en definitiva una sentencia desfavorable, le incumbe una *carga* procesal.

La *expectativa* de una ventaja procesal y en último término de una sentencia favorable, la *dispensa de una carga procesal* y la *posibilidad* de llegar a tal situación por la realización de un acto procesal, constituyen, pues, para Goldschmidt, los *derechos* en el sentido procesal de la palabra; y por otro lado, la necesidad de una actuación para prevenir un perjuicio procesal, y en último término, una sentencia desfavorable, representa una *carga procesal*, que corresponde al concepto material del deber o de la obligación.

Estas categorías procesales no caen bajo el concepto de la relación jurídica en el sentido tradicional, es decir, no son ni sometimientos bajo imperativos ni poderes sobre tales; ellas representan más bien situaciones jurídicas, esto es, el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas[59].

Esta doctrina del proceso como situación jurídica ha sido criticada desde diversos ángulos, sobre todo por los sostenedores de la doctrina de la relación jurídica procesal.

59. Para todo este desarrollo, véase la citada obra de GOLDSCHMIDT, especialmente el Capítulo IV, pp. 43-63.

Se ha dicho que la impresión más viva que se tiene leyendo el libro de Goldschmidt es la de que el autor mira el proceso no como debería ser según el Derecho Procesal, sino como el proceso, independientemente y fuera del derecho, se reduce a ser en la realidad práctica, a consecuencia de las imperfecciones del juez que no sabe o no quiere decidir según el derecho, y de la mayor o menor destreza con que las partes consiguen aprovechar las circunstancias y utilizar en su provecho los institutos judiciarios que por definición deberían servir solamente a la justicia[60].

Sin embargo, el mismo Calamandrei, en un estudio posterior admite que si bien las leyes procesales son dictadas en el interés público de la justicia, no se puede desconocer que en el proceso las partes persiguen fines más limitados y egoístas, algunas veces contrapuestos a aquel fin superior, y que el proceso tiene una estructura dialéctica, admirablemente presentada por Goldschmidt en su obra fundamental, en virtud de la cual toda iniciativa tomada por una de las partes abre a la contraparte la posibilidad de cumplir otra iniciativa destinada a rebatir la anterior, en tal forma que cuando en el proceso mi adversario realiza un acto, yo me encuentro, por efecto de su acto, en una situación diversa de aquella en que me encontraba antes de él: no puedo ignorarlo, porque si no reacciono en algún modo, mi inercia me podrá perjudicar, pero si quiero reaccionar puedo hacerlo de varias maneras, porque tengo la elección entre varias posibilidades que aquel acto me abre.

Y si bien Calamandrei sostiene que esta dialéctica del proceso no destruye la exactitud de la teoría de la relación jurídica procesal en cuanto se refiere al núcleo central de ella que es el deber del juez de proveer y el correspondiente derecho de las partes de obtener que el juez provea, admite finalmente que el contenido concreto de esta obligación del juez se plasma dialécticamente en correspondencia con las situaciones jurídicas creadas por la concurrente actividad de las partes según la variable puntuación de su juego[61].

60. CALAMANDREI, *Il processo come situazione giurdica*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*. 1927, I, p. 219.

61. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1950, I, pp. 23 y ss.

Más recientemente, el mismo Calamandrei confiesa que al releer hoy, a la distancia de más de veinte años, la nota que escribió sobre el libro de Goldschmidt a poco de aparecer, no se sentiría capaz de confirmar íntegramente las reservas que expresó entonces sobre la teoría de la situación jurídica. Declara más bien que Goldschmidt ha conseguido construir una teoría que, aun siendo rigurosamente jurídica es, sin embargo, más que cualquier otra, adherente a la realidad viva del proceso de tipo dispositivo, en el cual la aleatoriedad del resultado final, dependiente del juego dialéctico de la actividad de las partes, no debe considerarse como una degeneración patológica y excepcional que pueda ser descuidada en una reconstrucción de los institutos procesales *secundum ius*, sino que es una expresión esencial y característica del principio dispositivo, según el cual el juez debe juzgar "*secundum allegata et probata*"[62].

Otros autores han tratado de conciliar la doctrina de la situación jurídica con aquella de la relación procesal, y han sostenido que la teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra el concepto de relación jurídica procesal.

En Argentina, Hugo Alsina resume esta posición en los términos siguientes: "Podría decirse que el concepto de relación jurídica considera el proceso en su aspecto estático, como el conjunto de facultades y deberes que vinculan a las partes con el propósito común de obtener una sentencia que decida la litis; el de situación jurídica considera el proceso en su aspecto dinámico, referido a las distintas posiciones que, como consecuencia de su conducta, las partes ocupan recíprocamente en la relación procesal y que mejoran o empeoran en la esperanza de una sentencia favorable, según que cumplan o dejen de cumplir con las cargas procesales que constituyen alternativamente sus deberes y facultades[63].

46. *El proceso como entidad jurídica compleja*

La teoría del proceso como entidad jurídica compleja, se debe a Gaetano Foschini, quien al formularla realizó también un

62. CALAMANDREI, *Un maestro de liberalismo procesal*, en *Revista de Derecho Procesal (Estudios en memoria de James Goldschmidt)*. Buenos Aires, 1951. Vol. I, pp. 159 y ss.

63. ALSINA. *La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra el concepto de relación jurídica*, en *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires, 1952, I, pp. 1-12.

esfuerzo de conciliación de las doctrinas de relación jurídica procesal y de la situación jurídica.

Foschini parte de la observación evidente de que la más inmediata visión que el proceso ofrece de sí mismo es la de una *pluralidad* de elementos (actos varios, situaciones variadas, relaciones diversas) y contemporáneamente de una *unidad*, en cuanto todos estos elementos están entre sí estrechamente coordinados. En este combinarse de la pluralidad con la unidad, en que reside la misma posibilidad de concebir el proceso como una *entidad jurídica*, se centra el problema de su naturaleza.

La combinación de la pluralidad con la unidad indica ante todo –dice Foschini– que el proceso es una entidad jurídica compleja[64].

Situación jurídica, acto jurídico y relación jurídica, no son para este autor, tres diversas entidades, sino tres distintas perspectivas de la misma realidad jurídica observada respectivamente o en su aspecto estático (el ser), o en su aspecto dinámico (el devenir) o en su aspecto normativo (deber ser), y consecuencialmente el proceso, según sea la perspectiva desde la cual es observado, aparece constituido o por un complejo de situaciones jurídicas, o por un complejo de actos jurídicos o por un complejo de relaciones jurídicas.

Es necesario –dice Foschini– reducir estos elementos a un concepto unitario que los comprenda a todos, a fin de obtener una visión exacta acerca de la naturaleza jurídica del proceso.

Entre situación jurídica y acto jurídico, no existe otra diferencia sino la que se da entre el *ser* y el *devenir* y por tanto una diferencia de punto de vista, que en un caso es *estático* y en el otro *dinámico*. Acto y situación son dos perspectivas de la misma realidad jurídica vista en su dinámica y en su estática, pero siempre en su aspecto *concreto*.

Pero la realidad jurídica puede ser considerada también de modo *abstracto* (normativo), y en tal caso ella se presenta como "relación jurídica". La relación jurídica está constituida por la visión normativa de la realidad, esto es, por la conside-

64 FOSCHINI, *Natura giuridica del processo*, en *Rivista di Diritto Processuale*. 1948, I, p. 110.

ración de la realidad en función de las normas que la califican. La relación jurídica no es otra cosa que la misma situación jurídica en su *deber ser*. Situación jurídica, acto jurídico y relación jurídica representan pues la misma realidad jurídica bajo los tres diversos aspectos del *ser*, del *devenir* y del *deber ser*.

El proceso es, por consiguiente, una entidad jurídica compleja, porque: a) desde un punto de vista (abstracto) normativo, es una relación jurídica compleja; b) desde un punto de vista (concreto) estático es una situación jurídica compleja; y c) desde un punto de vista (también concreto pero) dinámico es un acto jurídico complejo[65].

A esta posición sostenida por Foschini, se ha observado, que la consideración de un instituto jurídico como fenómeno complejo constituye, normalmente, el punto de partida de cualquier examen de carácter doctrinal. Que todos los fenómenos jurídicos son más o menos complejos. Que la calificación de un instituto como entidad compleja no es, virtualmente, una calificación. Que el proceso es sin duda complejo, pero que con esta proposición sólo se fija un punto de partida. Que la inquietud científica consiste precisamente en proceder por sucesivas descomposiciones y reconstrucciones, a aislar elementos y coordinarlos de nuevo para volcarlos luego en la gran unidad de la ciencia[66].

47. *El proceso como institución*

La doctrina que concibe al proceso como una institución se debe fundamentalmente a Jaime Guasp, quien la desenvuelve en sus "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil" española.

Sostiene Guasp que el proceso no debe concebirse como una relación ni como una situación, sino como una *institución jurídica*. Entiende este autor por institución, un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad[67].

65. Un desarrollo más amplio de estos conceptos hizo luego FOSCHINI en su estudio *La complessione del processo* en la misma *Rivista di Diritto Processuale*. 1949. I, pp. 15 y ss.
66. Cfr. COUTURE, *Fundamentos*, 3ª. Ed. p. 140.
67. Cfr. GUASP, ob. cit. vol. I, p. 22.

La institución se compone, pues, de dos elementos: la idea objetiva, situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos, y el conjunto de estas voluntades, que se adhieren a dicha idea para lograr su realización.

Como consecuencias fundamentales de la naturaleza institucional del proceso, Guasp formula las siguientes:

A. El proceso en una realidad jurídica de tendencia permanente; pueden nacer y extinguirse continuamente procesos concretos, pero la idea de una actuación estatal de pretensiones fundadas sigue siempre en pie.

B. El proceso tiene carácter objetivo; su realidad se determina no por la actitud de las voluntades a las que se debe la actividad que lo integra, sino por la significación de la idea objetiva, superior a dichas voluntades.

C. El proceso no sitúa a los sujetos que en él intervienen en un plano de desigualdad o subordinación; la idea jerárquica es también consustancial con el concepto del proceso.

D. El proceso no es modificable en su contenido por las voluntades de los sujetos procesales, sino dentro de los límites reducidos que no pueden, en modo alguno, extenderse a la alteración de la idea fundamental del mismo.

E. El proceso es adaptable a la realidad de cada momento, sin que la consideración del respeto a situaciones subjetivas anteriores tenga la misma fuerza que en una relación de tipo contractual.

Esta concepción del proceso como institución, contó durante un período de tiempo con la adhesión entusiasta de Couture, quien dedicó a ella un cuidadoso estudio[68]; mas en la tercera edición (póstuma) de su obra Fundamentos del Derecho Procesal Civil, aparecida en 1958, Couture confiesa, con humildad científica que le honra, que su pensamiento en este punto ha debido plegarse en retirada, por lo menos hasta el día en que la concepción institucional del derecho proyecte sus ideas hacia planos más rigurosos de la dogmática jurídica[69].

68. Cfr. COUTURE. *El proceso como institución*, en *Studi in onore di Enrico Redenti*. Milano. Giuffre. 1951. Vol. I, pp. 351 y ss. IDEM. *Fundamentos*, 2ª Ed. 1951, y también: *Introducción al estudio del proceso civil*. Depalma. Buenos Aires. 1949, pp. 81 y ss.
69. Cfr. COUTURE, *Fundamentos*, 3ª Ed., p. 145.

En efecto, la palabra institución se emplea en multitud de acepciones y estas imprecisiones del léxico –dice Couture– son incompatibles con el rigor del pensamiento con que debe trabajar el jurista. El vocablo *institución* –nos dice Couture– tiene una primera acepción común y directa, equivalente a instituto, creación, organización; son instituciones, en este sentido, la familia, la empresa, el Estado. En esta acepción primaria y elemental se puede decir que el proceso es una institución, pero a partir de ese instante comienzan los equívocos, porque la concepción institucional del derecho, se apoya en una serie de supuestos más sociológicos que jurídicos. A través de ellos lo que se desea es acentuar el predominio de los valores que interesan a la comunidad sobre los que interesan al individuo, y de ello surge que la concepción puede ser utilizada desde las ideologías políticas de extrema izquierda hasta las de extrema derecha, para la justificación de sus postulados; desde la concepción católica o protestante, hasta la agnóstica o atea. El vocablo institución –concluye Couture– sólo puede ser utilizado en su acepción común y genérica, pero esto no excluye la concepción del proceso como relación jurídica.

48. *El proceso como conducta*

Ha transcurrido ya más de un siglo desde que el 1868 Bülow inició la construcción científica del Derecho Procesal Civil con la teoría de la relación jurídica procesal.

Durante todo este largo período hemos asistido a una constante proliferación de teorías y posiciones que tratan de explicar la esencia del proceso civil, sin que hasta hoy se haya logrado un acuerdo entre los procesalistas. Sigue siendo valedera la observación de Alcalá-Zamora y Castillo, al señalar que del proceso sabemos dónde está pero no lo que es (si es una relación o una situación jurídica, etc.).

La noción del proceso es correlativa de la noción de la jurisdicción. El proceso adquiere relevancia en la ciencia jurídica, sólo en cuanto se forma con motivo de requerirse y prestarse la función jurisdiccional del Estado. Si la jurisdicción es la función estatal destinada a crear los condicionamientos lógico-imputativos concretos necesarios para captar la significación jurídica de la conducta de los particulares, el proceso civil no es más que la vía de creación de aquellos condicionamientos, vale decir, el *conjunto de conductas que intervienen organizadamente en la creación de una norma individual por el juez*.

Examinemos el alcance de esta definición:

a) En ella se destaca primeramente que el proceso es un *conjunto de conductas*. En el proceso no interviene una conducta sola, sino tantas cuantos son los sujetos procesales. El proceso no lo hace solamente el juez, o el demandante o el demandado, aisladamente considerados, sino que el proceso lo hacen principalmente estos tres sujetos. Otras conductas pueden intervenir también eventualmente en el proceso (testigos, peritos, intérpretes, asesores, fiscales, etc.) y el conjunto de todas estas conductas constituye el proceso.

b) Las conductas que intervienen en el proceso civil, lo hacen *organizadamente* y no en forma anárquica ni discrecional. Hemos visto que el proceso no escapa a la exigencia de certeza que es esencial al derecho. Esta exigencia de certeza requiere la organización de las conductas que intervienen en el proceso. La organización se logra solamente si las conductas individuales de los varios sujetos procesales se realizan bajo ciertas formas de expresión y en ciertas condiciones de lugar y de tiempo que permitan a cada sujeto conocer con seguridad la conducta realizada por los demás, de tal modo que cada conducta de los sujetos procesales esté justificada con la precedente, y a su vez dé ocasión a la que le sigue.

Para valorar si las conductas se cumplen organizadamente en cuanto a su forma de expresión, al lugar y al tiempo de realizarse, hemos de acudir a las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil que crean tales condicionamientos formales.

Así, por ejemplo: en un proceso pendiente, el juez pronuncia su fallo definitivo, y al octavo día, la parte perjudicada introduce apelación contra la sentencia. Deseamos conocer (objeto) la relevancia jurídica de la conducta de la parte. Acudimos (medio) al Código de Procedimiento Civil y encontramos el artículo 298 que fija en cinco días el término para apelar. Así sabemos (conocimiento) que la conducta de la parte es irrelevante por no estar realizada conforme a los condicionamientos temporales en que ha debido realizarse.

c) Las conductas intervienen organizadamente en la *creación de una norma individual por el juez*. Para captar la significación jurídica de las conductas es necesario acudir a las normas generales y abstractas que sirven para valorar las conductas. Estas normas son creadas mediante la intervención de ciertas conductas y mediante un procedimiento, en forma organizada. En la estructura del Estado moderno, la creación de tales presupuestos lógico-imputativos se realiza en diversos planos, siguiendo una cierta gradación jerárquica que especializa cada vez más el acto de creación. Esta gradación ha sido concebida en forma piramidal, de modo que partiendo de una primera categoría normativa (Constitución) que contiene los condicionamientos lógico-imputativos superiores, se va descendiendo en la actividad creativa hacia planos inferiores cada vez más concretos. Así, las conductas que crean los condicionamientos *legales* que sirven para valorar otras conductas, encuentran su presupuesto lógico-imputativo en la Constitución; las conductas que crean los condicionamientos lógico-imputativos *contractuales* para valorar determinada conducta concreta de los contratantes, encuentran sus presupuestos lógico-imputativos en la ley, y del mismo modo, las conductas del juez y de las partes, que intervienen en la creación de los condicionamientos lógico-imputativos que sirven para valorar las conductas de las partes en conflicto y que constituyen el objeto de la jurisdicción, encuentran sus presupuestos en la ley (material y procesal). Por tanto, el proceso, que es la vía para la creación de tales condicionamientos, es por ello mismo la vía de creación de una norma, la más concreta y específica que puede darse en el proceso creativo de los condicionamientos legales.

49. *La función del proceso*

El estudio de la función del proceso trata de aclarar para qué sirve el proceso, esto es, responder a la interrogación acerca de la finalidad del proceso. Si el estudio de la *estructura* nos muestra cómo es el proceso, y el de su *naturaleza* nos enseña qué es el proceso, el de la *función* nos aclara para qué sirve, o sea, cuál es su fin.

Esta cuestión de la finalidad del proceso, se plantea por algunos autores más bien a propósito de la finalidad de la jurisdicción, o sea a propósito de la finalidad que se propone el

Estado, cuando, con carácter de juez, ejerce la función jurisdiccional. Se observa que el proceso como tal no tiene un fin. Que cuando se habla de un fin, queremos referirnos siempre a un sujeto volente que se lo propone; y como en el proceso son varios los sujetos que intervienen (el Estado, representado por el juez, y las partes: actor y demandado), es natural que cada uno de ellos se proponga un fin diferente, y por tanto, no hay un fin del proceso sino fines de los sujetos procesales[70].

Haciendo abstracción de la conveniencia de uno u otro encuadre sistemático de esta cuestión, vamos a tratar del fin del proceso, pensando no en un proceso concreto, con existencia en el espacio y en el tiempo, ni en los fines concretos que los sujetos procesales pueden perseguir en él, sino en el proceso civil como institución jurídica permanente, con existencia en toda sociedad jurídicamente organizada.

Tradicionalmente, dos posiciones antagónicas se dividen el campo doctrinal en relación al fin del proceso: la posición *objetiva*, que sostiene que la finalidad del proceso es la *actuación del derecho objetivo*, y la posición *subjetiva*, que enseña, por el contrario, que la finalidad del proceso debe situarse en la *defensa de los derechos subjetivos*.

La teoría *objetiva* la resume Chiovenda sosteniendo que en el proceso se desarrolla una función pública: *la actuación de la ley*, o sea, del derecho en sentido objetivo. A lo cual no se opone el hecho de que el proceso civil se inicia sólo a instancia de parte interesada y no de oficio, porque una cosa es la *naturaleza* de una función y otra el interés en su desarrollo *en el caso concreto*. El primer interesado en pedir la actuación de la ley es el particular, pero esto no priva que lo que él pide sea la actuación de la ley; del mismo modo que –haciendo una comparación vulgar– si yo adquiero una cosa en el comercio, satisfago mi interés, pero el acto del comerciante, en sí mismo, no se encamina a este fin, sino a los fines generales de su comercio[71].

70. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. I, p. 64. Cfr. ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*, Trad. esp. de Ovejero. México, p. 42.
71. Cfr. CHIOVENDA, *Principios*... Trad. Esp. Cit. Vol. I, pp. 97-98. Esta posición es compartida en Italia por la escuela chiovendana en general, que la tomó de la escuela alemana, en la cual es sostenida por WACH, BULOW, KISCH y otros.

La teoría *subjetiva* la sostiene Satta en Italia, quien afirma que la jurisdicción tutela el interés privado que nace de la lesión del derecho, mediante la producción de una modificación jurídica que se llama sanción. El proceso es el modo de realizar esta sanción, la serie de modificaciones necesarias a la realización de la misma[72].

Contra la teoría subjetiva que coloca en primer plano la defensa del derecho subjetivo, se ha observado que ella confunde en parte el fin de la demanda con el fin del proceso como institución; el fin de la demanda –se observa– determina el objeto de un proceso singularmente considerado, no el fin del proceso como institución; la declaración de certeza y la realización de los derechos subjetivos y de las pretensiones, es una consecuencia de la garantía del derecho objetivo, a la cual tiende la institución procesal; en este sentido, se puede considerar como fin del proceso en un caso concreto, la garantía del derecho objetivo mediante la defensa del derecho subjetivo, que se funda en aquél[73].

Como se ve, en esencia, la divergencia surgida entre los mantenedores de la teoría objetiva y de la subjetiva sobre los fines del proceso, radica en una divergencia de enfoque y de apreciación unilateral de los diversos intereses que entran en juego en el proceso. Aquellos que parten en su consideración de la apreciación del interés privado y por tanto, de una consideración *privatista*, acorde con la concepción del Estado liberal, consideran como fin del proceso, la defensa del derecho subjetivo de los particulares. En cambio, los que se hacen cargo del interés público que entra en juego en el proceso, y preconizan la concepción *publicista* de la jurisdicción, consideran como fin del proceso la actuación de la ley, la actuación del derecho objetivo.

Cualquiera que sea la concepción publicística que se sostenga sobre los fines del proceso, bien como actuación del dere-

72. Cfr. SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1937. I, pp. 32-49. Esta posición es compartida en Italia por SIMONCELLI, CAMMEO, y ROCCO, Alfredo. En favor de la orientación objetiva, publicista, y en contra de SATTA, véase a CRISTOFOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*. Rivista cit. 1937, I, pp. 105 y ss.
73. Cfr. SCHÖNKE, *Il bisogno di tutela giuridica*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1948. I, p. 132.

cho objetivo, o ya como creación de una norma jurídica por el juez, es obvio, que el interés individual y el público en el proceso, no deben considerarse como dos fuerzas en oposición, sino más bien como dos aspiraciones aliadas y convergentes, cada una de las cuales, lejos de buscar beneficios con daños para la otra, considera la satisfacción de la otra, como condición de la satisfacción propia. De este modo –observa Calamandrei– el particular al buscar la satisfacción del interés público del Estado, defiende al mismo tiempo el derecho subjetivo del particular[74].

El ligamen que asegura la colaboración de intereses públicos y privados en el proceso, está dado, según la más reciente interpretación, por la existencia de un interés o necesidad de tutela jurídica en el particular, que funciona como presupuesto general para la prestación de la tutela jurídica[75].

Sin embargo, ya hemos visto que el interés que mueve a la acción es el interés colectivo y público en la solución de los conflictos, el cual siempre se da cuando existe una controversia o litis. En cambio, el interés *individual*, que es el núcleo del derecho subjetivo y de la pretensión, funciona como una condición de procedencia de ésta y consecuencialmente, su falta, produce la desestimación de la misma por infundada.

74. CALAMANDREI, *Istituzioni*, Vol. I, pp. 109-110.
75. Cfr. SCHÖNKE, *Il bisogno di tutela giurdica*, cit. Cfr. COUTURE, *Fundamentos*. 3ª Ed., p. 145.

CAPITULO V

LA LEY PROCESAL

SUMARIO

50. *Introducción*

En general se entiende por Ley, tanto el conjunto de disposiciones ordenadas sistemáticamente que regulan una materia determinada, como toda norma jurídica emanada del Parlamento y promulgada por el Poder Ejecutivo en las formas previstas en la Constitución[1].

En nuestro ordenamiento jurídico, se entiende por Ley, todo acto sancionado por las Cámaras como cuerpos colegisladores y cuando las leyes reúnen sistemáticamente las normas relativas a determinadas materias, se les puede denominar códigos[2].

La legislación procesal, lo mismo que la civil, mercantil, penal y penitenciaria, está reservada, entre nosotros, junto con otras materias, a la competencia del Poder Nacional[3].

Por tanto, al tratar aquí de la Ley Procesal, lo hacemos no solamente en el sentido de código procesal, o conjunto de disposiciones de procedimiento ordenadas sistemáticamente en un cuerpo de ley, sino también en el sentido de norma jurídica procesal, o disposición de esta especie, emanada del Poder Nacional conforme a las previsiones de la Constitución.

1. Cfr. COUTURE, *Vocabulario Jurídico*. Montevideo. 1960. voz: Ley.
2. Cfr. *Constitución Nacional de 1961*: Art. 162.
3. Cfr. *Constitución Nacional de 1961*: Art. 135, Ord. 24ª.

51. *Naturaleza procesal de la ley*

La cuestión fundamental que se plantea inmediatamente al estudioso al abordar el tema de la Ley Procesal, es la de saber cuándo una ley es procesal.

Tratando de reducir este problema a sus términos finales, Couture nos dice que la naturaleza procesal de una ley no depende del cuerpo de disposiciones en que se halle inserta, sino de su contenido propio. Este contenido propio de la ley procesal es la regulación de fenómenos estrictamente procesales, vale decir, la programación del debate judicial referido a su fin, que es la decisión de un conflicto de intereses[4].

Cualquiera que sea el cuerpo de ley en que encontremos una norma o un grupo de normas de esta especie, estaremos en presencia de una norma o ley procesal.

Así, las normas que regulan las oposiciones al matrimonio, aunque están consignadas en el Código Civil, son procesales. Las disposiciones que regulan la quiebra y las diligencias subsiguientes a su declaración, consignadas en el Código de Comercio, son procesales. Las normas relativas a la tutela jurisdiccional de los derechos, a la cosa juzgada, a las ejecuciones y a las pruebas, consignadas en el Código Civil, son procesales.

En este campo existe ciertamente un distanciamiento apreciable entre las investigaciones y conclusiones de la doctrina y la tradición legislativa, que coloca a tales normas en el Código Civil.

El peso de esta tradición se hizo sentir sobre los legisladores italianos de 1942, que habiendo sancionado contemporáneamente los nuevos códigos civil y de procedimiento civil, optaron por mantener en el civil las disposiciones sobre las pruebas, la cosa juzgada y la tutela jurisdiccional de los derechos, cuya naturaleza procesal está reconocida por gran parte de la doctrina moderna.

4. Cfr. COUTURE, *Interpretación de las leyes procesales*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*. EDIAR. Buenos Aires. 1950, Tomo III, p. 46. En este mismo sentido, anteriormente, CHIOVENDA, en *Principios de Derecho Procesal Civil*, cit. Tomo I, p. 136.

En la exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil italiano, se explica que algunas instituciones, calificadas como "bifrontes", representan un puente de paso entre el proceso y el derecho subjetivo, y pueden tomarse útilmente en cuenta, bien mirándolas bajo el aspecto con que juegan en el proceso, o ya en cuanto a los efectos que producen sobre el derecho substancial, fuera del proceso, y por consiguiente, las mismas son susceptibles de sistematizaciones diferentes, según sea el punto de vista desde el cual se enfoque[5].

Sin embargo, como observa Liebman, se trata en estos casos, de institutos que son esenciales a la autonomía científica del Derecho Procesal. Si se quita al sistema del proceso el derecho de acción y las reglas sobre la admisibilidad y eficacia de los medios de prueba, o las que disponen los efectos de sus actos más importantes, el proceso cesará de formar objeto de estudio científico, y esterilizado y reducido a un cúmulo de formas prácticamente necesarias, pero vacías de contenido, podrá dar *vida a una técnica*, pero no a una ciencia[6].

En este campo, las más graves dudas y vacilaciones de la doctrina se refieren a la naturaleza procesal de las normas sobre la prueba.

La cuestión adquiere la mayor trscendencia, especialmente cuando se trata de establecer la eficacia de tales normas en el tiempo y determinar si deben aplicarse sin consideración o con consideración al tiempo en que ha nacido la relación material sobre la cual versa el juicio.

Tomemos como ejemplo dos normas del Código Civil, que limitan ambas la admisibilidad de la prueba de testigos: El Art. 1.387, según el cual "no es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto exceda de dos mil bolívares". Y el Art. 208, según el cual, a falta de partida de nacimiento y de pose-

5. Cfr. Rel GRANDI, cit. Nº 6.
6. Cfr. LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1948, I, p. 171. Cfr. MICHELI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, cit., vol. I, p. 102, considera a las normas sobre la prueba, como normas procesales y advierte que si bien es cierto que la prueba puede tener un significado también fuera del proceso, es igualmente verdad que en el proceso ella adquiere un particular relieve, condicionando de diversos modos la formación del convencimiento del juez y, por tanto, el contenido de su decisión.

sión de estado, o cuando el hijo fue inscrito bajo falsos nombres, o como nacido de padres inciertos, o bien si se trata de suposición o sustitución de parto, la prueba de la filiación legítima no podrá hacerse con testigos sino cuando exista un principio de prueba por escrito, o cuando las presunciones o los indicios resultantes de hechos ya ciertos sean bastante graves para determinar su admisión.

Estas normas que limitan la admisibilidad de la prueba de testigos, ¿son procesales o sustanciales?

O lo que es lo mismo: ¿se aplican sin consideración o con consideración al tiempo en que ha nacido la relación material de obligación o de filiación a que se refiere el juicio?

Una sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación de Roma, de fecha 7 de setiembre de 1911, asentó esta máxima: "La prueba del estado de filiación legítima es regulada por la ley del tiempo en que ha ocurrido el hecho de la filiación".

El mencionado fallo dio ocasión a Chiovenda para ofrecernos un magistral estudio sobre la naturaleza procesal de las normas sobre la prueba y la eficacia de la ley procesal en el tiempo, que ha llegado a ser fundamental en esta materia[7].

Las normas relativas a las pruebas –explica Chiovenda– tienen o no naturaleza procesal, según que estén determinadas o no por *razones procesales*. Si el legislador establece una norma probatoria porque, inspirándose en las modificadas condiciones de la civilización, de la sociedad, de la moral pública, la considera conforme al objeto de asegurar un mejor resultado a las litis, ya sea desde el punto de vista de la bondad intrínseca de las decisiones, ya sea de la simplicidad y de la rapidez del procedimiento, éstas son razones *procesales* de reforma, y la norma que a ellas es debida, ya extienda o ya limite los medios de prueba, encontrará aplicación en todo proceso futuro, sin consideración al tiempo en que haya ocurrido el hecho que debe probarse.

7. Cfr. CHIOVENDA, *Ensayos*, cit., vol. I, pp. 393 y ss. Cfr. Más recientemente: CONSO, Giovanni, *Premesse per una discussione in tema di Norme sulla Prova nel Processo Penale*, en Riv. Dirt. Proc. 1969. p. 17. DENTI, Vittorio: *La Natura Giuridica delle Norme sulle Prove Civile*, en Riv. cit. p. 8-35. CAPPELLETI, Mauro: *La Natura delle Norme sulle Prove*, Riv. Dirt. Proc. 1969. pp. 92-99. IDEM, en *La Oralidad y las Pruebas en el Processo Civil*. EJEA. Buenos Aires. 1972, pp. 167-176.

Este carácter, asienta Chiovenda, es propio de todas las normas probatorias generales, esto es, de aquellas que están dictadas para todas las relaciones jurídicas, o para grandes grupos de diversas relaciones jurídicas, como por ejemplo las *convenciones* (Art. 1.387 Cód. Civ. Venez.).

Estas normas, por el hecho mismo de que son generales y de que no parten de la consideración de la relación jurídica singular, no pueden tender a otra cosa sino a garantizar la mejor definición de todas las litis en general, a dirigir la actividad intelectiva del juez en sí misma, a reducir la probabilidad del error, en el interés de la función judicial. No puede admitirse, entonces, que semejantes normas se apliquen o no, según que el nacimiento de la relación controvertida caiga en un tiempo o en otro.

En cambio, no sucede lo mismo con las normas probatorias que Chiovenda llama *particulares*, esto es, aquellas que el legislador dicta no en vista de todas las relaciones jurídicas o de grandes grupos de ellas, como las convenciones, sino *en vista de una determinada relación jurídica*, como la compraventa, la transacción, el estado de hijo legítimo, etc.

La diferencia fundamental entre una norma probatoria *general* y otra *particular* está, según Chiovenda, en esto: en que en las normas probatorias *generales*, el legislador tiene por fin inmediato la mejor formación del convencimiento del juez, regula la actividad intelectiva del juez, en sí misma, en el interés de la función jurisdiccional; mientras que en las normas probatorias *particulares* tiene principalmente en vista la relación singular, quiere disciplinarla y tutelarla, y pone límites a las pruebas porque se preocupa de la condición jurídica de una determinada parte; porque el error del juez, aun teniendo el mismo grado de probabilidad que en las otras causas, produciría, al verificarse en ésta, más graves consecuencias; porque disminuyendo la libertad de la prueba, el legislador quiere disminuir la posibilidad de discusiones en daño de quien se encuentra en una determinada posición jurídica; porque quiere impedir que una acción sea intentada antes de que el demandado, con un acto propio, como la entrega de un documento, haya demostrado de algún modo su fundamento, etc., etc.

En estos casos, como el previsto en el Art. 208 del Código

Civil venezolano, la ley ha querido defender a los ciudadanos, ya sean los padres, ya sean los otros hijos legítimos, contra reclamaciones propuestas en tales condiciones y solamente ha establecido excepción en el caso de existencia de un principio de prueba por escrito o cuando las presunciones o los indicios resultantes de hechos ya ciertos, sean bastante graves para determinar la admisión de la prueba testimonial.

Aquí el legislador, para tutelar la singular relación jurídica (filiación) se vale del instituto procesal de la prueba y, por tanto, la norma no está determinada por razones procesales de reforma, sino por propósitos de derecho sustancial.

Por ello, esta norma debe aplicarse con consideración al tiempo en que ha ocurrido el hecho que se trata de probar, y no sería aplicable al reclamante nacido bajo una ley que no conocía este límite a la admisibilidad de la prueba de la filiación legítima.

En resumen, se puede afirmar, que una ley o norma es de naturaleza procesal cuando regula la relación procesal, y que son de este carácter las normas probatorias *generales*, dictadas en el interés de la función jurisdiccional.

52. *Naturaleza de la ley procesal*

Hemos visto, al tratar de la naturaleza procesal de la ley, cuando una ley es procesal. Ahora, al considerar la naturaleza de la ley procesal, se trata de aclarar si ésta pertenece al *derecho público* o al *derecho privado*.

Para llegar a una conclusión en esta cuestión, no podemos basarnos en la *calidad* de las normas procesales, porque al lado de muchas normas *imperativas*, de *orden público*, o *absolutas*, encontramos también normas procesales *dispositivas*, *no absolutas* o *supletorias*, que sólo tienen aplicación si la voluntad de las partes interesadas no dispone otra cosa.

Así, la disposición del Art. 388 del Código de Procedimiento Civil, según la cual al día siguiente del lapso del emplazamiento para la contestación de la demanda, se abrirá el término probatorio, sin necesidad de decreto o providencia del juez, es una norma procesal *dispositiva*, porque conforme al ordinal 3º del Art. 389 *ejusdem*, no habrá lugar a la apertura del lapso probatorio cuando las partes, de común acuerdo, convengan en ello.

Del mismo modo, la disposición del Art. 40 que establece la competencia territorial del juez del lugar donde el demandado tenga su domicilio para las acciones relativas a derechos personales y reales sobre bienes muebles, es una norma dispositiva, porque conforme al Art. 47, en caso de haberse elegido domicilio por las partes, la acción podrá proponerse ànte la autoridad judicial del lugar que se haya elegido como domicilio, etc.

Para determinar la naturaleza de la ley procesal, es necesario fijar la atención en la naturaleza de la función regulada por la ley.

La ley procesal pertenece al *derecho público* porque regula una actividad de naturaleza pública: la función jurisdiccional asumida por el Estado.

Siendo la jurisdicción una de las funciones esenciales del Estado, parecería lógico pensar que las normas que regulan esta actividad son siempre normas de orden público, absolutas o imperativas. Sin embargo no es así, porque en el proceso civil, no sólo existe el interés público del Estado en la solución de las controversias y en el mantenimiento de la paz entre los ciudadanos, sino también el interés privado de los particulares en la satisfacción de las pretensiones que hacen valer en el proceso. Por ello, en innumerables casos, las normas procesales toman en cuenta la voluntad de las partes, y adquieren así la calidad de normas dispositivas, no absolutas o de interés privado.

53. *Eficacia de la ley procesal en el tiempo*

La ley procesal, como todas las leyes, se dicta en un lugar determinado y en un momento dado. Pero como la tutela jurisdiccional no es instantánea, sino que la relación jurídica procesal tiene necesariamente cierta duración en el tiempo, puede ocurrir que su vida transcurra bajo la vigencia de leyes diversas que se suceden unas a otras en el tiempo.

El estudio de la eficacia de la ley procesal en el tiempo, consiste en determinar cuál ley procesal, entre dos o más vigentes sucesivamente, es aplicable a la relación procesal existente.

El principio general, aplicable entre nosotros, es la regla tradicional formulada por la doctrina: "*tempus regit actum*", según la cual los actos y relaciones de la vida real se regulan por la ley vigente al tiempo de su realización.

Este principio se aplica en el derecho venezolano a la ley procesal en virtud del precepto constitucional, según el cual ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena, y las leyes de procedimiento se aplican desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso. El Artículo 9 del nuevo código lo consagra así: "La ley procesal se aplicará desde que entre en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en este caso, los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía, se regularán por la ley anterior"[8].

Por tanto, la ley procesal nueva, si bien es de inmediata aplicación, no puede tener efecto retroactivo, lo que significa que tiene que respetar los actos y hechos cumplidos bajo la vigencia de la ley antigua y también los *efectos procesales no verificados todavía*, del acto o hecho ya cumplido, porque si estos efectos resultasen afectados por la nueva ley, ésta tendría sin duda efecto retroactivo[9].

Para considerar debidamente las aplicaciones de estos principios a las diversas situaciones procesales, veamos cuál es la eficacia de la ley procesal nueva frente a los procesos ya terminados bajo la vigencia de la ley anterior; frente a los procesos por iniciarse bajo la vigencia de la ley nueva y frente a los procesos pendientes al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley procesal:

A) Frente a los procesos ya terminados bajo la vigencia de la ley anterior, la ley procesal nueva no tiene ninguna eficacia. Todos los actos quedan firmes y sus efectos inmodificables. La acción, los actos de procedimiento, las pruebas, las decisiones dictadas y los efectos de la cosa juzgada; todo queda definitivamente firme bajo la vigencia de la ley anterior[10].

B) En cuanto a los procesos por iniciarse al momento de la entrada en vigencia de una nueva ley procesal, ellos quedan completamente regidos por la nueva ley. Veamos algunas aplicaciones:

8. Cfr. *Constitución Nacional*. Art. 44. C.P.C. Art. 9.
9. Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., vol. I, p. 79.
10. Cfr. *Corte Federal y de Casación*. Memoria 1912, tomo I, p. 312. Memoria 1918, p. 210. Memoria 1929, p. 349. Cfr. PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia*, cit. Año 1987, Nº 3, p. 161.

a) La acción por ejercitarse, sólo puede hacerse valer en tanto la ley del tiempo en que se inicia el proceso la reconozca. Chiovenda nos dice, que sólo la ley procesal del tiempo en que se inicia el proceso, puede decir aquello que es lícito buscar en el proceso.

Este principio se aplica, tanto en el supuesto de que la nueva ley *suprima* un medio de tutela jurídica, como en el caso de que *admita* uno nuevo no reconocido bajo la vigencia de la ley anterior. Así, v. gr., si al tiempo de contraer la obligación la ley admite en favor de los acreedores el medio ejecutivo de someter a prisión al deudor hasta que cumpla la obligación, pero una nueva ley suprime la prisión por deudas, es obvio que ya no podrán usar este medio ejecutivo ni aun los acreedores preexistentes.

Asimismo, si al establecerse una relación cambiaria, mediante la emisión y aceptación de la letra, la ley no reconocía la calidad de título ejecutivo a dicho instrumento y no concedía la vía ejecutiva para el cobro de la misma, pero la nueva ley admite este medio ejecutivo de tutela para las letras de cambio, pueden todos hacer uso de esta vía, aun los titulares de letras emitidas bajo la vigencia de la ley anterior.

Lo que hemos dicho de la acción, debe entenderse igualmente de cualquier recurso, o de cualquier medida de seguridad, tales como la apelación, el embargo, la prohibición de salida del país, etc.

b) También caen bajo la nueva ley procesal los presupuestos procesales, la capacidad de las partes, las excepciones procesales, los derechos y deberes de las partes, la forma y los efectos de los actos de procedimiento.

c) Finalmenze, quedan regidas por la nueva ley procesal, las *pruebas* que se han de emplear en el proceso, no solamente en cuanto a su *forma* de evacuación, sino también en cuanto a su *admisibilidad* misma[11].

11. La Corte Federal y de Casación ha establecido que cuando una ley nueva amplía los modos de probar la filiación ilegítima, no obra retroactivamente cuando éstos se aplican a situaciones pasadas, sino que atribuye efectos jurídicos a situaciones de hecho que antes sobrenadaban en la sombra de la ley derogada: la ley nueva favorece a los hijos naturales nacidos antes de su promulgación. Una ley que admite una prueba que la legislación anterior no admitía, debe aplicarse inmediatamente a todas las relaciones jurídicas formadas antes de su imperio. Cfr. Memoria 1948, p. 425.

Aquí, naturalmente, han de tenerse en cuenta las consideraciones hechas (*supra:* n. 51) en relación con las normas sobre la prueba, las cuales se aplican con consideración al tiempo en que ha nacido el hecho o la relación que se trata de probar, cuando se trata de una norma *particular* sobre la prueba, considerada propiamente material por estar determinada por razones sustanciales y no procesales, mientras que las normas *generales* sobre la prueba, se aplican a todo proceso futuro, sin consideración al tiempo en que ha nacido el hecho que se trata de probar, porque tales normas son consideradas esencialmente procesales, por estar determinadas por razones procesales de reforma y no por razones sustanciales.

De acuerdo con estos principios, y siguiendo con los ejemplos expresados, la limitación establecida en la nueva ley para la prueba testimonial de la filiación legítima no sería aplicable en el proceso iniciado bajo esa ley, por el hijo nacido bajo la vigencia de una ley anterior que no establecía la limitación.

En cambio, la prueba de testigos promovida para demostrar la existencia de una convención celebrada para establecer una obligación mayor de dos mil bolívares, no puede admitirse bajo la vigencia de una ley que prohíba en tales casos la admisibilidad de esta prueba, aunque los contratantes hayan dado vida a la convención en un tiempo anterior, cuando no existía esta limitación, porque tal norma probatoria *general* es una norma procesal que se aplica sin consideración al tiempo en que ha nacido el hecho que se trata de probar.

C) Frente a los procesos pendientes al momento de entrar en vigencia una nueva ley procesal, ésta tiene plena eficacia, conforme al principio de su aplicación inmediata a los procesos que se hallaren en curso.

Sin embargo, la aplicación inmediata de la nueva ley procesal tiene que respetar los actos y hechos ya cumplidos bajo la vigencia de la ley anterior, y además, los efectos de tales actos, que se proyectan en el tiempo y se prolongan también bajo el imperio de la ley nueva, porque de lo contrario, la aplicación de ésta resultaría retroactiva[12].

12. Cfr. *Corte Federal y de Casación*. Memoria 1946, tomo I, p. 312. Cfr. Art. 9 C.P.C.

Veamos algunas aplicaciones de los principios expuestos en relación a las acciones, a la competencia, a las pruebas, a las sentencias, a las apelaciones y a los lapsos:

a) En relación a la acción, la doctrina privatista tradicional distingue si la acción ha sido ya propuesta bajo la vigencia de la ley anterior que la reconocía, o si la acción no ha sido ejercida todavía cuando sobreviene una nueva ley que la suprime.

En el primer caso, se dice que la acción no puede sufrir, en absoluto, la influencia de la nueva ley, porque desde el instante en que la acción se ejercita, el actor adquiere el derecho a que se le reconozca el beneficio que deriva de su acción ejercitada. En el segundo caso, será aplicable la ley nueva y no podrá ejercitarse la acción no reconocida en ella[13].

Nosotros no compartimos esta solución, y pensamos que no puede hacerse el distingo entre la acción ejercitada y la no ejercitada al momento de entrada en vigencia de la nueva ley que la suprima.

Para nosotros, el ejercicio de la acción no origina un *derecho adquirido* al beneficio que se persigue con la misma. El derecho podría considerarse adquirido solamente desde el momento de su reconocimiento en la sentencia que acoja la acción, pero antes no pasa de ser una mera afirmación de su existencia.

Por otra parte, no se debe olvidar, que si bien la acción es un derecho subjetivo público, autónomo, distinto del derecho material cuyo reconocimiento y satisfacción se busca en el proceso, ella está en todo caso al servicio del derecho material y tiene, respecto de éste, carácter instrumental, en tal forma que suprimido que sea en la ley sustancial el derecho subjetivo, carece de sentido sostener que pueda considerarse existente la acción, que es el instrumento otorgado por la ley para su defensa.

b) La nueva ley que modifica la *competencia* del juez que conoce del proceso pendiente, se aplica inmediatamente e impide que el juez continúe conociendo de la causa. El nuevo juez competente entra a conocer del asunto porque su competencia, que deriva inmediatamente de la nueva ley, no puede

13. Cfr. MARCANO RODRIGUEZ, ob. cit., Vol. I, pp. 42-43.

considerarse nunca como consecuencia de actos o hechos jurídicos de las partes y por tanto, es de aplicación inmediata conforme al principio constitucional y legal[14].

Este efecto de la nueva ley sobre la causa pendiente, nos parece absoluto, cuando se trata de la competencia por la materia, o por el valor de la demanda, o de la competencia funcional atribuida a un tribunal para conocer en primero o en segundo grado de un determinado género de litigios, por ser competencias de orden público, e improrrogables, pero no cuando se trata de la competencia territorial, que es de interés privado y puede ser prorrogada por convenios de los interesados. En todo caso, los actos procesales realizados ante el juez competente según la ley anterior, quedan válidos, y no son nulos como lo sostiene Cuenca, porque se haría así una aplicación retroactiva de la nueva ley de competencia[15].

Algunos autores consideran que la competencia del juez, ya definitivamente fijada bajo la vigencia de la ley anterior, por efecto de la citación *(per citationem perpetuatur iurisdictio)*, no deja de existir cuando sobreviene una nueva ley sobre la competencia, y que la máxima opuesta es contraria a los principios y a las exigencias prácticas[16].

Sin embargo, entre nosotros esa solución no es aplicable, cuando se trata de transformaciones legales de la competencia y no de cambios o modificaciones en las situaciones de hecho determinantes de la competencia, en cuyo caso sí encontraría aplicación el principio de la *perpetuatio iurisdictionis*, pero no en el primero, por impedirlo el principio de la aplicación inmediata de las leyes de procedimiento, aun a los procesos que se hallaren en curso (Art. 44 C.N. y 9 C.P.C.)[17].

c) En cuanto a las pruebas, es necesario distinguir: la admisibilidad, la forma de su promoción y evacuación y la valoración de la prueba.

14. Cfr. *Corte Federal y de Casación*. Memoria 1946, tomo I, p. 320, votos salvados de Luis LORETO y Rafael PIZANI. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 10, pp. 89-90. Cfr. MARCANO RODRIGUEZ. ob. cit., Vol. I, pp. 41-42.
15. Cfr. CUENCA, *Derecho Procesal Civil*. Caracas, 1965, Vol. I, p. 287.
16. Cfr. en este sentido CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., vol. I, p. 86.
17. Cfr. *Corte Federal y de Casación*. Memoria 1946, tomo I, p. 320, voto salvado citado de LORETO y PIZANI.

La *admisibilidad* de la prueba se rige por la ley nueva cuando la norma correspondiente es una norma probatoria *general*, y por tanto de naturaleza procesal, que se aplica inmediatamente, sin consideración al tiempo en que ha ocurrido el hecho que se trata de probar. En cambio se rige por la ley vigente al tiempo en que ocurrió el hecho que se trata de probar, cuando la norma probatoria es una norma *particular* sobre la prueba, y por tanto de naturaleza sustancial, que acompaña a la relación jurídica material durante toda su vida, hasta su definición en juicio[18].

La doctrina y la jurisprudencia tradicionales, siguen en este punto la vieja concepción privatista, según la cual las partes tienen un *derecho adquirido a la prueba*, porque al realizar los actos jurídicos tuvieron en cuenta las disposiciones de la ley entonces vigente y adquirieron el derecho de que ese acto fuese en todo tiempo apreciado conforme a dicha ley, y por ello, el derecho de promover la prueba, las condiciones bajo las cuales ha de admitirse en juicio, y el valor, o sea, la fuerza de la misma, dependen exclusivamente de la ley en vigencia para el tiempo en que se efectuó el hecho que se trata de probar[19].

Contra esta concepción privatista ha reaccionado la doctrina procesal moderna, siguiendo a Chiovenda, quien considera que el derecho subjetivo no tiene que estar acompañado hasta la muerte, a través de cualquier cambio de ley y de costumbres, por los medios de prueba empleados cuando nació. El derecho tiene vida en una determinada hora; la prueba deberá tener lugar después de varios años, quizás de varios siglos de aquélla. ¿Cómo puede imaginarse un derecho adquirido a esto: a que el juez de un futuro lejano forme su convicción y su sentencia con ciertos instrumentos y no con otros?[20].

Para la *forma* de la promoción y evacuación de la prueba, existe acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia, en admitir que se rige en absoluto por la nueva ley procesal que las establezca al momento de la promoción y evacuación, salvo expresa disposición en contrario del legislador, como lo hace el nuevo código en el Art. 941 al disponer que la evacuación de las pruebas ya admitidas se regirá por el código derogado (ultra-actividad).

Finalmente, la *valoración* de la prueba ya promovida y evacuada en el proceso cuando ocurre el cambio de la ley procesal, consideramos que debe hacerse conforme a la ley vigente para la fecha en que fue promovida. Esta es una aplicación particular del principio general, más arriba expuesto, de que la nueva ley procesal debe respetar los efectos futuros de los actos ya realizados bajo el imperio de la ley anterior. Realizada la promoción de la prueba y también su evacuación bajo la vigencia de una ley que le atribuye determinado valor, es obvio que la eficacia de la prueba está consumada en el proceso y es un efecto directo de la promoción y evacuación realizadas bajo la vigencia de la ley anterior. Por tanto, la nueva ley no puede afectar a la prueba ya consumada bajo el imperio de la ley precedente.

d) La autoridad y los efectos de la sentencia, así como el derecho a los recursos de *apelación y casación*, se rigen por la ley bajo cuyo imperio se dictó la decisión (Art. 941 C.P.C.).

e) En cuanto a los *lapsos* procesales en general y a los requeridos para ejercer los recursos de apelación y de casación, en particular, se rigen por la ley según la cual comenzaron a computarse. Las dudas pueden presentarse cuando la nueva ley aumenta o disminuye el lapso. En estos casos hay que distinguir: 1) Si el lapso está *en curso* y la nueva ley lo amplía, las partes pueden aprovecharse de la ampliación en virtud de la aplicación inmediata de la ley (Art. 941), pero si lo restringe, la restricción no puede afectar a las partes sin incurrirse en una aplicación retroactiva de la nueva ley. 2) Si el lapso está *consumado*, la nueva ley no puede afectarlo ni para ampliarlo ni para restringirlo (Art. 941) no sólo porque el lapso consumado no puede reabrirse de nuevo, ni prorrogarse, sino también porque habiendo transcurrido el lapso, la aplicación de la nueva ley sería retroactiva[21].

18. Cfr. En contra, CUENCA, ob. cit. p. 287, quien considera sin hacer estas distinciones, que la admisibilidad de la prueba se rige por la ley vieja y la manera de verificarla, por la nueva.
19. Cfr. MATTIROLO, ob, cit., Vol. I, Nº 126. En este mismo sentido, en Venezuela: MARCANO RODRIGUEZ, ob. cit., Vol. I, pp. 43-44. IDEM, *Corte Federal y de Casación*, Memoria 1912, pp. 312-313.
20. Cfr. CHIOVENDA, *La naturaleza procesal de las normas sobre la prueba y la eficacia de la ley procesal en el tiempo*, en *Ensayos*, cit. Vol. I, pp. 81-85.
21. Conformes, MARCANO RODRIGUEZ, ob. cit. p. 45. CUENCA, ob. cit., p. 288. BORJAS, *Comentarios*, Vol. I, Nº 15.

En la práctica, para evitar las complicaciones que origina la aplicación de la nueva ley procesal a los procesos pendientes, el legislador dicta ciertas disposiciones transitorias, para regular las cuestiones más importantes que presenta este problema. Así lo hizo el nuevo Código de Procedimiento Civil en los Arts. 940 y siguientes de las Disposiciones Transitorias.

En efecto, en el Art. 940 estableció el principio de la inmediata aplicación de la nueva ley procesal desde su entrada en vigencia y la derogación del código de 1916; pero consagró en el siguiente Art. 941 la ultra-actividad excepcional del código derogado para los recursos interpuestos, la evacuación de las pruebas ya admitidas, y los términos o lapsos que hubieren comenzado a correr bajo la vigencia del código anterior, admitiendo, sin embargo, en este último caso, que las ampliaciones de los lapsos contemplados en el nuevo código, se apliquen en beneficio de las partes cuando el lapso estuviere en curso al momento de la entrada en vigencia del nuevo código. Previsiones semejantes se encuentran para las incidencias en curso (Arts. 942 y 943) y las perenciones de instancia que hubiesen comenzado a correr antes de la vigencia del nuevo instrumento procesal (Art. 944). La Corte Suprema, en su Sala de Casación Civil, ha tenido ocasión de interpretar estas normas transitorias en conexión con la norma general del Art. 9 C.P.C., y ha establecido con acierto que frente al principio de la irretroactividad de la ley procesal, debe sentarse también como regla, el de la no ultra-actividad de la norma derogada, salvo para situaciones excepcionales como las previstas en el Art. 941, C.P.C., cn las cuales debe seguir rigiendo el código derogado[22].

f) La doctrina ha sugerido tres soluciones que pueden ser adoptadas por el legislador transitoriamente:

1. Aplicar la ley vieja hasta la terminación del proceso pendiente. Solución ésta que en los países como el nuestro, en los cuales la aplicación inmediata de la nueva ley procesal es un principio de rango constitucional, no parece aplicable.

2. Aplicar la nueva ley a los actos sucesivos a su entrada en vigor (consagración rigurosa del principio constitucional de la aplicación inmediata de la ley).

22. Cfr. PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia*, cit,. Año 1987, Nº 5, p. 104. Año 1988, Nº 1, p. 51; Nº 6 p. 138; Nº 11, p. 143. Año 1989, Nº, 2 p. 109; Nº 4, p. 235, y Nº 6, p. 61.

3. Dividir la causa en períodos o etapas en tal forma que hasta el cumplimiento de cierto período o etapa del proceso se aplique la ley anterior y de allí en adelante la ley nueva[23].

En todo caso, a falta de regulación transitoria en la nueva ley, es necesario aplicarla inmediatamente a los procesos en curso, siguiendo las reglas y soluciones expresadas para los diversos problemas a que da origen la eficacia de la ley procesal en el tiempo.

54. *Eficacia de la ley procesal en el espacio*

En el número anterior, al estudiar la eficacia de la ley procesal en el tiempo, hemo visto cuál ley, entre dos o más vigentes sucesivamente, es aplicable a la relación procesal pendiente.

Ahora, al estudiar la eficacia de la ley procesal en el espacio, se trata de determinar cuál ley, entre dos o más coexistentes en diversos territorios, es aplicable al proceso pendiente en uno de ellos.

La necesidad de este estudio se origina en que si bien cada Estado soberano ha asumido como propia la función jurisdiccional y dicta en consecuencia las normas de procedimiento para la realización del derecho en su territorio, puede ocurrir, y ocurre frecuentemente, que la relación procesal pendiente en un Estado tenga elementos de conexión con el ordenamiento jurídico de otro Estado soberano, bien porque en ella intervengan sujetos nacionales de ese Estado, o domiciliados en él, o bien porque los bienes que son objeto de la controversia estén situados en el exterior.

En tales casos, surge la cuestión de resolver cuál de las leyes coexistentes en los diversos Estados con los cuales tiene conexión la relación procesal pendiente en uno de ellos, es aplicable a dicha relación.

La solución de estos problemas es propia del Derecho Internacional Privado, o Derecho de Colisión en el espacio. Sin embargo, en materia procesal no encontramos disposiciones de Derecho Internacional Privado que tomen en cuenta los elementos de conexión que pueda tener la relación procesal con un ordenamiento extranjero y tomen de éste las normas

23. Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. Vol. I, p. 84.

reguladoras del proceso. En esta materia, se excluye abiertamente, de ordinario, el funcionamiento de normas de Derecho Internacional Privado[24], y rige el principio general de la *territorialidad absoluta* del derecho procesal, según el cual, para afirmar derechos por la vía judicial, rige el derecho del lugar en que se tramita el proceso *(lex fori)*[25].

Entre nosotros, la disposición del Art. 8º del Código de Procedimiento Civil, ordena que "en los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los jueces se atendrán primero a los tratados públicos de Venezuela con la Nación respectiva, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprenda de la mente de la legislación patria; y en último lugar, se regirán por los principios de dicho Derecho aceptados generalmente".

Por tanto, a falta de tratado público que regule la cuestión y dé disposiciones positivas internas que sean aplicables, rige el principio general de Derecho Internacional Privado, generalmente aceptado, de que el proceso se regula por las normas dictadas por el Estado mediante los procedimientos ordinarios de producción jurídica *(lex fori)*.

En el Código de Derecho Internacional Privado o *Código Bustamante*, suscrito por Venezuela con algunas reservas, se excluye la referencia a ordenamientos extranjeros para regular el proceso, y se consagra el principio tradicional de que el proceso se regula por la *lex fori*. En el Art. 314 de ese código, se establece: *"La ley de cada Estado contratante determina la competencia de los tribunales, así como su organización, las formas de enjuiciamiento y de ejecución de las sentencias y los recursos contra sus decisiones"*[26].

24. Cfr. MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Trad. de Sentis Melendo. EJEA. Buenos Aires, 1953, p. 12.
25. Cfr. WOLF, Martin. *Derecho Internacional Privado*. Ed. Labor, 1936, p. 201.
26. El *Código Bustamante* fue puesto en vigencia por la Convención de Derecho Internacional Privado celebrada en la Sexta Conferencia Panamericana, en La Habana, el 20 de febrero de 1928. Cfr. *Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela*, Caracas, Tip. Americana, 1933, Vol. IV, p. 154. Cfr. MUCI ABRAHAM, José, *Los Conflictos de leyes y la codificación colectiva en América*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1956, Vol. VII.

Por tanto, en el ámbito territorial de las Repúblicas Americanas firmantes del Tratado, rige, por disposición expresa del mismo, el principio de Derecho Internacional Privado, generalmente aceptado, de que el proceso se regula por la *lex fori*.

En virtud de la territorialidad absoluta de la ley procesal, es posible que en un proceso pendiente entre nosotros, se apliquen dos clases de leyes diferentes: la ley procesal venezolana a la tramitación del proceso, y la ley sustancial extranjera a la solución de la controversia, en los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, lo que pone de relieve más claramente la autonomía de ambas relaciones: la procesal y la material.

Los tribunales civiles de la Nación están obligados a administrar justicia, tanto a los nacionales como a los extranjeros (Art. 1º C.P.C.); de modo que un extranjero puede ser parte en un proceso en Venezuela; pero el desarrollo de la relación procesal se regirá siempre por la ley venezolana y no por la ley extranjera. Esta será aplicable solamente a la relación material, v.gr., en los casos de leyes relativas al estado y capacidad de las personas en los casos autorizados por el Derecho Internacional Privado (Art. 26 C.C.).

a) El nuevo código regula la *capacidad procesal* de las partes en juicio en el Artículo 136, según el cual "son capaces para obrar en juicio, las personas que tengan el libre ejercicio de sus derechos, las cuales pueden gestionar por sí mismas o por medio de apoderados, salvo las limitaciones establecidas en la ley". Pero como la capacidad de las personas la determina su estatuto personal o ley nacional, el Artículo 137 C.P.C. establece que "las personas que no tengan el libre ejercicio de sus derechos, deberán ser representadas o asistidas, según las leyes que regulen su estado o capacidad", de lo que se sigue que la capacidad procesal de los extranjeros en Venezuela, se determina por su ley nacional. Por tanto, un extranjero, que según su ley nacional adquiera el libre ejercicio de sus derechos a los 17 años de edad, tiene capacidad procesal para obrar o contradecir en juicio en Venezuela, aunque según la ley venezolana, la mayoría de edad se adquiere a los 18 años cumplidos. Y viceversa, un extranjero que según su ley nacional adquiera la capacidad a los 25 años, no puede ser admitido a obrar o contradecir en juicio, por sí mismo, en Venezuela, aunque en este

país, la capacidad procesal se adquiera a los 18 años[27].

b) En cuanto a las *pruebas*, el principio generalmente admitido en el Derecho Internacional Privado es el de que la *admisibilidad* de los medios de prueba, se rige por la ley del lugar en que se ha realizado el acto o hecho que se trata de probar, y la *forma* de practicarse la prueba, se rige por la ley del lugar en que se lleva a cabo. Estos principios están consagrados respectivamente en los Arts. 399 y 400 del Código Bustamante. Sin embargo, la disposición del Art. 399 de dicho código, exceptúa los medios de prueba no autorizados por la ley del lugar en que se sigue el juicio, los cuales, por tanto, quedan regulados en su admisibilidad, por la *lex fori*. Además, si la ley venezolana exige documento público o privado para la existencia o prueba de un determinado acto o negocio, un medio diferente será inadmisible (Art. 11 C.C.)[28].

c) Puede ocurrir que algunos actos del proceso deban realizarse no en la sede de la autoridad judicial en que se desarrolla el proceso, sino en otro territorio extranjero. En estos casos, las hipótesis a considerarse son dos: 1) La ejecución en el extranjero de actos relativos al proceso interno. 2) La ejecución en el propio Estado, de actos relativos al proceso extranjero.

En ambos casos, los modos posibles de actuación son varios. Puede ocurrir que el Estado del proceso, extendiendo la esfera de la propia actividad, provea él mismo a la ejecución del acto en territorio extranjero mediante órganos especiales (funcionarios consulares). Puede ocurrir, en cambio, que a la ejecución del acto provea el Estado en cuyo territorio dcbc realizarse[29].

El primero de estos dos modos de actuación ha tenido un desarrollo muy precario, porque supone una extensión del imperio del Estado más allá de sus propias fronteras y una invasión de la soberanía que ejercen los Estados extranjeros en su propio territorio. El segundo, ha sido generalmente

27. Esto no impide, naturalmente, que disposiciones transitorias de una nueva ley admitan como capaces en Venezuela a extranjeros que no tienen la mayoría de edad según su ley nacional, pero que sí han alcanzado la edad fijada para la capacidad en la ley venezolana.
28. Cfr. LORETO, Luis, *El conflicto de leyes en materia de pruebas en el Derecho Internacional Privado*, en *Revista de la Facultad de Derecho*. Caracas, 1961, Nº 22, p. 28.
29. Cfr. MORELLI, ob. cit. pp. 241-242.

aceptado y ha dado origen a las diversas formas de cooperación internacional en los procesos judiciales.

En este apartado consideraremos solamente el problema de la ley procesal aplicable en los casos de cooperación internacional para la ejecución en el extranjero de actos relativos al proceso pendiente en Venezuela.

Nosotros hemos acogido el sistema que confía a los funcionarios judiciales del Estado extranjero la realización de los actos en su territorio, y la cooperación se actúa mediante *cartas rogatorias* dirigidas por la vía diplomática o consular (Art. 188 C.P.C.). Del mismo modo, las naciones americanas que han suscrito el Código Bustamante, han adherido al sistema de rogatorias, que se establece en el Art. 388 de dicho código, en los siguientes términos: "Toda diligencia judicial que un Estado contratante necesite practicar en otro, se efectuará mediante exhorto o comisión rogatoria cursados por la vía diplomática. Sin embargo, los Estados contratantes podrán pactar o aceptar entre sí, en materia civil o criminal, cualquier otra forma de trasmisión".

Posteriormente, Venezuela aprobó la "Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias", suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975 en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Esta Convención fue aprobada por Ley del Congreso de la República de Venezuela el 15 de mayo de 1984, publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 33.033 de fecha 3 de agosto de 1984, pero se reservó lo dispuesto en la letra b) del artículo 2, sobre recepción de pruebas e informes en el extranjero, que fue objeto de la "Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero" suscrita también en Panamá el mismo día 30 de enero de 1975 en la citada Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. Esta Convención fue aprobada por ley del Congreso de la República de Venezuela el 14 de noviembre de 1984 y publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 33.170 de fecha 22 de febrero de 1985. Conforme a esta última Convención, el Estado requerido puede rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria en algunos casos:

a) Si la diligencia solicitada fuere contraria a disposiciones legales del Estado requerido que expresamente la prohíben (Art. 2 Nº 1).

b) Cuando solicitada por el Estado requirente la observancia de formalidades adicionales o de procedimientos especiales adicionales en la práctica de la diligencia solicitada, resulten *incompatibles* con la legislación del Estado requerido o de *imposible cumplimiento* por éste (Art. 6).

c) Cuando tenga por objeto la recepción u obtención de *pruebas previas* al procedimiento judicial o cuando se trate del procedimiento conocido en los países del "Common Law" bajo el nombre de *"pretrial discovery of documents"* (Art. 9).

d) Cuando sea manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido (Art. 16).

La Convención hace innecesario el requisito de la *legalización de firmas*, cuando los exhortos o cartas rogatorias se trasmitan o sean devueltos por vía consular o diplomática o por conducto de la autoridad central (Art. 13).

Un principio de Derecho Internacional Privado, generalmente aceptado, en relación a la cooperación internacional para la ejecución en el extranjero de actos relativos al proceso interno, es el que distingue entre el *objeto* de la rogatoria recibida y la *forma* de cumplirlo, y establece que se regule por la ley del requirente aquel objeto y por la ley del requerido la forma de realizarlo. Esta distinción fue establecida en la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, que venimos comentando, en su Art. 2 para el *objeto*, al exigir que la diligencia (prueba) no sea contraria a disposiciones legales del Estado requerido que expresamente la prohíban; y en el Art. 5 para la *forma*, al establecer que las rogatorias se cumplirán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido.

En conformidad con este criterio, será la ley procesal del exhortante o requirente, la aplicable para regular la legalidad, admisibilidad u oportunidad del acto o prueba objeto de la rogatoria, salvo su contradicción con las leyes del Estado requerido o con su orden público, y la ley procesal del juez exhortado o requerido, la aplicable para regular la forma de realización del acto en cuestión.

En nuestro derecho interno, la disposición del Art. 11 del Código Civil consagra la regla tradicional *"locus regit actum"*, según la cual la forma y solemnidades de los actos jurídicos que se realicen en el extranjero, se rigen por las leyes del

lugar donde se hacen, con la única salvedad de que si la ley venezolana exige instrumento público o privado para su prueba, tal requisito deberá cumplirse para que el acto tenga efectos en Venezuela.

Estos mismos principios han sido acogidos en la codificación internacional americana, en el Código Bustamante, según el cual: corresponde al juez exhortante decidir respecto de su competencia y a la legalidad y oportunidad del acto o prueba, sin perjuicio de la jurisdicción del juez exhortado (Art. 389), y al juez exhortado, resolver sobre su propia competencia *ratione materiae* para el acto que se le encarga (Art.390), de tal modo que el juez que reciba el exhorto o comisión rogatoria, debe ajustarse, en cuanto a su objeto, a la ley del comitente, y en cuanto a la forma de cumplirlo, a la suya propia (Art. 391)[30].

d) Habiendo estudiado en el párrafo anterior la ley aplicable en los casos de cooperación internacional para la ejecución en el extranjero de actos relativos al proceso pendiente en Venezuela, corresponde ahora considerar la situación inversa, esto es, cuál ley procesal es aplicable a la realización en Venezuela de actos relativos a un proceso pendiente en el extranjero.

El nuevo Código de Procedimiento Civil venezolano contiene una disposición que permite la ejecución en Venezuela de actos relativos a un proceso extranjero, tales como citaciones, notificaciones, examen de testigos, experticias, juramentos, interrogatorios y demás actos de mera instrucción. La ejecución de estos actos en el territorio de la República se lleva a efecto por las autoridades judiciales competentes del lugar donde haya de realizarse el acto, mediante simple decreto del

30. Los problemas prácticos que se presentan en la cooperación internacional en el derecho procesal con motivo de las diferencias existentes entre las leyes de países que adoptaron sistemas jurídicos desarrollados en el continente europeo (como la legislación vigente en todas las Repúblicas americanas con excepción de los Estados Unidos), y de otro lado, las normas procesales observadas en los varios Estados de los Estados Unidos, las cuales derivan del Common Law de Inglaterra, han sido estudiados por la Comisión Jurídica Interamericana por encargo del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en su primera reunión de Río de Janeiro. La relación de la Comisión, en que se proponen importantes recomendaciones para la uniformidad en legislación en esta materia, puede verse en *Revista Forense*, Río de Janeiro, mayo-junio de 1953, Vol. 147, p. 495. Una traducción nuestra fue publicada en: *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas. Nº 118, Octubre-Diciembre de 1961, p. 27.

juez de Primera Instancia del lugar y siempre que las providencias o resoluciones del juez extranjero que las acuerda, vengan con rogatoria de dicha autoridad y legalizadas por un funcionario diplomático y consular de la República o por la vía diplomática (Art. 857 C.P.C.).

Estos casos de ejecución en Venezuela de actos de instrucción relativos a un proceso pendiente en el extranjero, se diferencian claramente de la *"ejecutoria"* de sentencias de autoridades extranjeras que puede acordar en Venezuela la Corte Suprema de Justicia cuando se trata de jurisdicción contenciosa y el Tribunal o Corte Superior en los casos de jurisdicción voluntaria[31].

En el primer caso, la realización del acto en Venezuela va a producir sus efectos en el exterior, en conexión con el proceso en el cual y para el cual se acuerda la realización del acto; en cambio, en los casos de "ejecutoria" de sentencias extranjeras, éstas se equiparan a una sentencia nacional en cuanto el Estado venezolano las admite a producir en su territorio todos sus efectos, incluyendo la cosa juzgada y la ejecución forzada, en tal forma que el acto vincula al Estado venezolano, que lo hace suyo, y no puede desconocer sus efectos.

Esta cuestión de la ejecutoria en Venezuela de sentencias extranjeras, mediante el procedimiento de *exequátur,* no corresponde tratarla en esta ocasión y será objeto de estudio en otra parte de la obra.

Ahora solamente limitaremos nuestra atención a la ley procesal aplicable en la ejecución en Venezuela de actos de mera instrucción relativos a un proceso civil pendiente en el extranjero.

Los principios aplicables en este caso no difieren de aquellos estudiados en el párrafo anterior: la ley procesal del lugar en que se emite la rogatoria es aplicable para regular la legalidad, admisibilidad u oportunidad del acto o prueba objeto de la rogatoria, y la ley procesal del lugar en que se realiza el acto, la aplicable para regular la forma de su realización *(locus regit actum).*

31. Cfr. Art. 850 y 856, Código de Procedimiento Civil.

En los países americanos firmantes del Código Bustamante, y la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero antes mencionada, el juez que reciba el exhorto o comisión rogatoria, debe ajustarse, en cuanto a su objeto, a la ley del requirente, con las salvedades indicadas, y en cuanto a la forma de cumplirlo, a la suya propia. Para las pruebas, dichos tratados preveen específicamente que la forma en que ha de practicarse toda prueba se regula por la ley vigente en el lugar en que se lleve a cabo (Art. 400 Cód. Bust. y Art. 5 Convención).

55. *Interpretación de la ley procesal*

En términos generales, se entiende por interpretación de la ley, el proceso lógico a través del cual se desentraña el contenido de una disposición legislativa.

El intérprete –nos dice Couture– es un intermediario entre el texto y la realidad, y por ello la interpretación consiste en extraer el sentido, desentrañar el contenido que el texto tiene con relación a la realidad[32].

La interpretación de la ley adquiere toda su importancia cuando se trata de la aplicación de la misma a un supuesto concreto, y en este sentido, la interpretación es un momento esencial de la aplicación de la ley. Como la norma jurídica regula en forma general y abstracta una serie de hipótesis que el legislador ha reducido a un esquema formal en la norma, es necesario que el intérprete, ante un hecho real de la vida, examine el contenido de la norma, desentrañe su sentido, para descender por vía de deducción lógica a la aplicación del principio al caso concreto. En este sentido –como observa Rotondi–, se puede decir que el legislador y el intérprete recorren el mismo camino, pero en sentido inverso: mientras el legislador se eleva, por vía de inducción, de los hechos concretos al principio general que plasma en la norma, en cambio, el intérprete desciende, por vía de deducción, del principio general al caso concreto[33].

32. Cfr. COUTURE, *Interpretación de las leyes procesales, en Estudios de Derecho Procesal Civil*, cit., Vol. III, p. 15.
33. Cfr. ROTONDI, *Interpretazione della legge*, en *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. VII, p. 737.

Ahora bien, las normas procesales no escapan a esta necesidad de interpretación a que están sujetas todas las normas, y por ello, al tratar de la ley procesal, es obligatorio referirse en cierta medida a su interpretación.

La novedad que se presenta en este campo es la de averiguar si se justifica una investigación especial sobre interpretación de la ley procesal, o bien debe considerarse aplicable a este tipo de normas la doctrina general de la interpretación de la ley, cuyo desarrollo ha alcanzado en el campo del Derecho Civil tan notable perfección.

En otras palabras, se trata de dar respuesta a esta interrogante: ¿Existe una teoría particular de la interpretación de las leyes procesales? ¿O debe considerarse el problema de la interpretación sólo desde un punto de vista general, sin atender a la naturaleza particular de las normas a que se aplica?[34].

La tendencia dominante en la doctrina es la de considerar las normas de interpretación como normas generales, comunes a todo el campo del derecho, y a excluir por tanto la existencia de una teoría particular sobre la interpretación de las leyes procesales. Sin embargo, a esta tendencia se enfrenta Rocco, en su famoso trabajo, al afirmar que al lado de la teoría general de la interpretación existen otras teorías especiales de interpretación para cada una de las grandes ramas del derecho: para el derecho civil, mercantil, penal, administrativo, constitucional, financiero y, naturalmente, también para el derecho procesal. La tarea de cada una de estas teorías especiales consiste en deducir de la naturaleza de las relaciones reguladas las características comunes a todas las normas pertenecientes a la parte del derecho de que se trata, obteniendo así, de esos nuevos y particulares elementos, criterios más determinados de interpretación[35].

34. El tema ha sido tratado con gran amplitud, por primera vez, por ROCCO, Alfredo, en su trabajo sobre *La interpretación de las leyes procesales* (1906), cuya traducción fue incorporada a la versión castellana de *La Sentencia Civil*, del mismo autor, Editorial Style, México, 1944. Cfr. también SILVEIRA, Alipio, *La interpretación de las leyes en el proceso civil*. en *Revista de Derecho Procesal*. Buenos Aires, 1945, I, p. 352, especialmente pp. 370 y ss. Cfr. igualmente BRICE, Angel Francisco, *Interpretación de las leyes procesales*, en *Enciclopedia Jurídica "Omeba"*, Tomo XVI, p. 494, y COUTURE, ob. cit.

35. Cfr. ROCCO, ob. cit., pp. 263 a 269.

Tomando en cuenta las características comunes a todas las normas procesales, Rocco deduce la existencia de dos principios generales de interpretación específicos de las leyes procesales: a) La limitación de la interpretación progresiva. b) La necesidad de la investigación de los fines, aun remotos, de la ley.

a) Las normas procesales –dice Rocco– son *normas secundarias o normas-medio*, porque en última instancia sirven para garantizar los mismos intereses concretos que el derecho material y, por tanto, en el fondo, no tienen un contenido sustancial propio. Es la misma idea expresada por Carnelutti, al decir que el Derecho Procesal Civil tiene un contenido *técnico-jurídico* derivado de la naturaleza *instrumental* de sus normas, en el sentido de que éstas están dirigidas a constituir o realizar otras normas y no a componer directamente un conflicto de intereses. Tienen, pues, un fin técnico-jurídico y no político-social como las normas de derecho material[36].

Por este carácter de las normas procesales, este derecho no experimenta, sino en forma muy lejana e indirecta, el influjo de los cambios y evolución de los fenómenos sociales, que tienen tanta importancia, al contrario, no sólo para la legislación, sino también para la interpretación de las leyes materiales. En la interpretación de las leyes materiales tiene gran importancia la consideración de la relación social que están llamadas a regular, y el intérprete se ve en la necesidad de hacer uso de la *interpretación progresiva* para adecuar la norma a las condiciones sociales, a las nuevas necesidades que la cambiante evolución ha venido a agregar o superponer a las anteriores, consideradas por el legislador al tiempo de dictar la norma. La interpretación progresiva tiene una limitada intervención en la interpretación de las leyes procesales, porque el contenido de estas normas está dado por el interés enteramente secundario y mediato de que se realicen los intereses primarios garantizados por el derecho material y, por tanto, este interés sigue siendo el mismo, por más que cambien y evolucionen los intereses substanciales a que se refiere. La misma forma procesal puede servir con la misma eficacia para la realización de los más variados intereses materiales.

36. Cfr. ROCCO, ob. cit., p. 274. CARNELUTTI, *Lezzioni*. Vol. I, pp. 1-2.

Es verdad que las leyes procesales pueden devenir ineficaces por arcaicas y lentas cuando las formas consagradas en ellas para la realización de la justicia no están en consonancia con los nuevos tiempos ni con la dinámica social en un espacio y tiempo histórico dados; pero la superación de esta situación no puede ya obtenerse por vía de una interpretación progresiva de la ley procesal, sino por vía de la reforma legislativa que las sustituya por otras nuevas que hagan más sencilla, rápida y leal la actuación de las leyes sustanciales.

b) Por otra parte, de la posición en que se encuentra el juez respecto de las normas de derecho procesal y de las normas de derecho material, se extrae el otro principio general de interpretación de las leyes procesales: la necesidad de la investigación de los fines de la ley.

Las normas materiales se dirigen a los particulares, cuya conducta regulan. Las normas procesales, en su mayoría, se dirigen al juez, para regular su conducta en el proceso. El juez, al juzgar de la conducta *ajena,* aplica normas de derecho material, pero para regular su propia conducta en el proceso, aplica normas de derecho procesal.

Ahora bien, cuando el juez juzga de la conducta ajena, el problema que se le plantea es el de decidir si la norma jurídica material fue violada u observada; si la conducta observada en la práctica por el particular coincide o no con la conducta supuesta en abstracto por la norma. Para llegar a este resultado es inútil que el juez investigue *el fin* de la norma. En cambio, cuando el juez examina la norma procesal que a él se dirige, para adaptar a ella su conducta, no basta que se cerciore de que la norma le ha conferido determinada facultad, sino que es necesario, además que indague *el fin* para el cual aquella facultad le ha sido conferida y que encamine a ese fin su conducta, porque no basta que el juez se mantenga dentro de los límites de las facultades que la norma le confiere, sino que es menester, además, que haga uso de estas facultades, de manera que se realicen los fines para los cuales la ley se las ha conferido[37].

Otros elementos "particulares" de la interpretación de las leyes procesales señala Rocco como aplicables en esta materia, entre los cuales incluye el elemento *histórico*, en sentido lato (elemento literal, interpretación lógica, uso de los trabajos preparatorios, etc.), y el elemento *práctico*, especialmente el sistemático, los principios generales del derecho procesal, la analogía y el argumento a contrario. Pero todos estos elementos de interpretación no derivan, a nuestro parecer, de la naturaleza especial de las relaciones reguladas por el derecho procesal civil, y son por tanto pertenecientes a la teoría general de la interpretación de la ley, cuya exposición no corresponde hacerla en esta oportunidad.

37. Cfr. ROCCO, ob. cit., pp. 285-289.

CAPITULO I

EL ORGANO JURISDICCIONAL

SUMARIO

56. *Definición*

El ejercicio de la función jurisdiccional que corresponde al Estado tiene que realizarse a través de ciertos entes a los cuales está confiada por la Constitución y por la ley esa atribución.

Los entes que obran en nombre del Estado para administrar la justicia que garantiza la Constitución, son los órganos jurisdiccionales u órganos de la administración de justicia.

Pero del órgano jurisdiccional se puede hablar en dos sentidos: uno *objetivo* y otro *subjetivo*.

En el primer sentido, el órgano es la esfera de poderes y deberes objetivamente preestablecida por la ley para el ejercicio de la función jurisdiccional. Son así órganos jurisdiccionales la Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales que determina la Ley[1].

En sentido subjetivo, el órgano es la persona física que obra en nombre del tribunal para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Como el Estado no puede obrar por sí mismo ni los tribunales tampoco, requieren de personas físicas que actúen por ellos y que encarnen aquellos entes, y estas personas son los órga-

---

1. Es éste el sentido del Art. 204 de la Constitución Nacional de 1961 que establece: "El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales que determine la ley orgánica". Y también, del Art. 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1956), que califica de *órganos* mediante los cuales se ejerce el Poder Judicial: 1º La Corte Federal y de Casación (hoy Corte Suprema de Justicia); 2º Los tribunales de jurisdicción ordinaria, y 3º Los tribunales de jurisdicción especial. Es lo que se llama en Italia *"uffici giudiziari"*. esto es, despachos judiciales u oficinas judiciales.

nos jurisdiccionales subjetivamente considerados. En este sentido, *los jueces son los órganos jurisdiccionales por excelencia.*

En el derecho positivo venezolano ambos sentidos del órgano jurisdiccional se usan indistintamente; así, v. gr., en el Art. 1° del Código de Procedimiento Civil se dice que "los jueces tienen la obligación de administrar justicia..." (sentido subjetivo).

Ha sido mérito de la doctrina procesal moderna haber puesto de relieve los matices de esta cuestión y el haber aclarado los diversos sentidos en que puede hablarse del órgano jurisdiccional[2].

En el presente capítulo consideraremos primordialmente al órgano jurisdiccional en su sentido subjetivo, pues siendo el proceso *"actus trium personarum, actoris, rei, iudicis"*, nos interesa la persona del juez, como sujeto del proceso, y no el tribunal o despacho (*ufficio*) como esfera de poderes y de deberes.

57. *Clases de órganos*

En el derecho venezolano se pueden distinguir varias clases de órganos jurisdiccionales, objetivos y subjetivos o, lo que es lo mismo, varias clases de tribunales y jueces.

a) Atendiendo a su *número*, el tribunal puede ser *único*, de un cierto tipo existente o bien *uno* de los diversos órganos del mismo tipo. Así, la Corte Suprema de Justicia es única, porque es el más Alto Tribunal de la República (Art. 211 C.N.), en cambio, el Tribunal 1° de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, es uno entre los varios del mismo tipo que existen en la circunscripción. Correlativamente, los jueces que encarnan esos tribunales son únicos en el caso de la Corte Suprema de Justicia y múltiples en el caso de los jueces civiles y mercantiles de Primera Instancia.

2. Cfr. CHIOVENDA, *Principios*, cit., Vol. I, p. 485. Id., *Istituzioni*, cit., Vol. II, p. 55, N° 154. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., Vol. I, p. 516, N° 198, ROCCO, Ugo, *Il giudice e i suoi ausiliari*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile, 1941*, I, pp. 269 y ss. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., Vol. II, p. 6 GUASP, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 130.

b) Atendiendo a la *duración* del órgano, el tribunal es *permanente* o *temporal*. Permanente son los tribunales que forman parte constante del ordenamiento judicial creado por la Ley Orgánica del Poder Judicial; temporales son los *Tribunales Accidentales*, que no tienen carácter estable sino ocasional, y son aquellos que puede constituir el Consejo de la Judicatura (Art. 15, letra M de su Ley Orgánica. *Gaceta Oficial* N° 34.068 del 7-10-88). Estos Tribunales Accidentales cesan cuándo se han decidido las causas o incidencias para cuyo conocimiento fueron constituidos. Correlativamente, los jueces que encarnan esos tribunales son permanentes en el primer caso y accidentales en el segundo.

c) Atendiendo a la *estructura* interna del tribunal, éstos se dividen en *unipersonales* y *colegiados*. Unipersonales son aquellos integrados o encarnados por un solo juez; colegiados, aquellos integrados por varios jueces (Art. 3° L.O.P.J.). En la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, y en las demás circunscripciones de la República, los Juzgados Superiores son ahora unipersonales, pero anteriormente eran Cortes Colegiadas[3]. Correlativamente, los jueces que encarnan aquellos tribunales son jueces singulares o plurales, según los casos.

d) Atendiendo al grado de jurisdicción que ejercen, los tribunales son *superiores* o de alzada, e *inferiores* o de primer grado, según que conozcan en primera instancia los asuntos que le son atribuidos o en apelación.

Así, los Juzgados Superiores son tribunales de alzada o de segundo grado de jurisdicción, y los tribunales de Primera Instancia son inferiores o de primer grado.

Sin embargo, esta distinción es relativa, porque en virtud de la competencia funcional, un mismo tribunal puede tener ambas funciones. Así, el Tribunal 1° de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, que es un tribunal inferior o de primer grado respecto del Juzgado Superior 1° en lo Civil y Mercantil de la misma circunscripción, es a la vez tribunal de

3. Cfr. Decreto Ejecutivo N° 480 del 18 de enero de 1957. *Gaceta Oficial* N° 25.270 del 31 de enero de 1957. Cfr. Decreto Ejecutivo N° 384 del 16 de octubre de 1958. *Gaceta Oficial* N° 25.787 del 16 de octubre de 1958.

alzada o de segundo grado de jurisdicción respecto del Juzgado 1º de Distrito del Distrito Federal del Circuito Nº 1 de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal. Y este Juzgado, que es inferior o de primer grado respecto del Tribunal 1º de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil, es a su vez tribunal de alzada o de segundo grado respecto del Juzgado 1º de Parroquia del Distrito Federal del Circuito Judicial Nº 1 de la mencionada Circunscripción, que conoce en primera instancia o primer grado de las causas que le están atribuidas.

Correlativamente, se tienen jueces de primer grado y jueces de alzada o de apelación, según que encarnen un tribunal de primero o de segundo grado.

e) Atendiendo a la *medida* del poder que ejercen, se distinguen los tribunales en *ordinarios* y *especiales*. Ordinarios son aquellos a quienes está atribuida la jurisdicción en forma general y pueden potencialmente conocer de todas las causas. Especiales son aquellos cuya jurisdicción está limitada al conocimiento de cierto tipo de controversias, y por tanto su jurisdicción coincide con su competencia. Así, el Tribunal de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil es ordinario; en cambio, el Tribunal de Menores, que conoce exclusivamente de esta materia, es especial.

El tribunal ordinario es el tribunal de la unidad de la jurisdicción. El tribunal especial rompe la unidad de la jurisdicción y la fracciona en tantas partes cuantas son las materias atribuidas especialmente a diversos órganos.

La relación que se da, pues, entre el tribunal ordinario y el tribunal especial, es la misma existente entre la regla general y la excepción.

La naturaleza de la materia atribuida a los tribunales especiales aconseja frecuentemente la adopción de formas procesales específicas, más simples y adaptables a ella que las formas ordinarias previstas para el procedimiento ordinario, lo que origina la creación de procedimientos especiales para esas materias, y se habla entonces de jurisdicciones especiales, como la citada de menores, la de hacienda, la de impuesto sobre la renta, la de tránsito, etc. Los tribunales especiales se caracterizan así por la especialidad de su procedimiento y por la especialidad de la materia de que conocen. Y los ordi-

narios, por la generalidad potencial de las materias de que pueden conocer y por el procedimiento ordinario que observan en el proceso.

Son también tribunales especiales, entre nosotros, los Juzgados Segundo, Tercero y Cuarto de Primera Instancia en lo Civil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, con sede en Caracas, que conocen exclusivamente los asuntos relativos a los derechos de familia de que trata el Libro Primero del Código Civil, así como los atinentes a las sucesiones hereditarias y particiones de herencia y observan los procedimientos especiales pertinentes a las mismas[4].

f) Finalmente, tomando en cuenta sólo el *cometido* o facultad reservada al juez dentro del tribunal que encarna, se distinguen los jueces de *sustanciación* y los jueces *comisionados*.

Los primeros son aquellos que puede crear el Consejo de Judicatura, temporal o permanentemente, en los Tribunales para sustanciar el proceso (Art. 15, letra L de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura).

Los segundos son aquellos que reciben de un juez superior en grado o de uno de igual categoría a la suya, el cometido o encargo (comisión) de practicar cualesquiera diligencias de sustanciación o de ejecución. El juez que ordena la práctica de las diligencias se llama *juez comitente*, y el que la recibe y ejecuta, *juez comisionado* (Art. 234 C.P.C.).

58. *Concepto del juez*

El juez es el funcionario público investido de autoridad para ejercer la función jurisdiccional atribuida por la Constitución y las leyes a los tribunales de la República.

En esta definición se destaca:

a) El juez es un funcionario público. Sus facultades y deberes le vienen dadas en virtud de la relación de empleo, que es una relación de derecho público entre el funcionario y el Estado que provee el cargo, de la cual nacen obligaciones del juez frente al Estado y frente a los ciudadanos.

4. Cfr. Decreto Ejecutivo Nº 384 del 16 de octubre de 1958, Art. 2º, letra i). *Gaceta Oficial* Nº 25.787 de la misma fecha. Cfr. Consejo de la Judicatura. Resolución Nº 204 del 29-11-89. Act. 3ª, *Gaceta Oficial* Nº 34.363 del 6-12-89.

Las consecuencias más importantes de esta relación de derecho público son: que la infracción de las obligaciones inherentes al cargo (denegación de justicia, faltas y delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones) originan una responsabilidad de índole pública criminal o civil que puede exigirse por el Estado y por los particulares (Art. 121 C.N. y 18 y 19 C.P.C.), y que el ejercicio de este cargo es incompatible con el ejercicio de cualquier otro cargo público remunerado y con el ejercicio de la abogacía, a excepción de los cargos docentes y de miembros de comisiones codificadoras o revisoras de leyes, ordenanzas y reglamentos que no constituyan destinos públicos remunerados (Art. 123 C. N. y Art. 79 Ley de Carrera Judicial).

b) El juez ejerce la función jurisdiccional, vale decir, realiza la garantía constitucional de la justicia asegurada por el Estado a los ciudadanos, y en esto se distingue el juez, como se verá más adelante, de otros funcionarios o auxiliares suyos, que si bien integran o encarnan el órgano en sentido subjetivo, carecen de la facultad o poder de decisión que es propia del juez.

c) La función jurisdiccional que ejerce el juez está atribuida por la Constitución y las leyes a los tribunales de la República, y el juez la ejerce en la medida de la esfera de poderes y atribuciones asignada previamente por la ley a dichos tribunales. Se pone de relieve así la íntima vinculación existente, para el ejercicio de la jurisdicción, entre el órgano en sentido objetivo (tribunal) y el órgano en sentido subjetivo (juez), de tal modo que solamente pueden ser diferenciados desde el punto de vista en que se los considere, porque son, en esencia, aspectos diversos de un mismo fenómeno. Así, aquello que considerado subjetivamente en relación al todo (ordenamiento judicial) llamamos *juez*, considerado objetivamente, como conjunto de poderes y deberes, lo llamamos *tribunal*[5].

59. *La elección del juez*

El régimen de elección de los jueces tiene importancia en cualquier sistema de organización judicial, porque en esencia él refleja un aspecto de la cuestión más general de la independencia del Poder Judicial frente al Poder Ejecutivo. La independencia del Poder Judicial es, en efecto, la piedra angular de toda sociedad libre y democrática, y sin embargo, aun en nuestro tiempo, ella constituye un ideal más bien que una realidad efectiva en nuestros países. Aun en el régimen inglés, considerado entre los más perfectos, el sistema contiene en germen posibilidades de abusos por parte del Ejecutivo, porque no existe la carrera judicial y el nombramiento de los jueces está repartido entre varios funcionarios del Ejecutivo. Y si esos abusos no se producen en la realidad, se debe en gran parte a las presiones ejercidas por las profesiones jurídicas y principalmente a las tradiciones que respetan todos los que designan a los jueces[6].

La independencia del juez debe hacerse efectiva en el mismo acto de su nombramiento y de la toma de posesión. Generalmente se reconoce que la independencia del juez puede ser considerada bajo dos aspectos fundamentales: independencia *funcional*, en cuanto al ejercicio mismo de la función jurisdiccional, e independencia *organizativa*, que tiene su base principal en el régimen de nombramientos, ascensos, traslados, destituciones y sanciones que se adopte en un ordenamiento jurídico determinado[7].

La independencia funcional es reconocida generalmente a los jueces en la letra de las constituciones y leyes del Poder Judicial. Pero cuando no se dispone, como complemento de aquel reconocimiento, de los medios legales que pueden dar más fuerza al juez en su resistencia moral contra la arbitrariedad y se deja en manos de poderes extraños al judicial y especialmente en manos del Ejecutivo la facultad de nombrar, destituir, premiar, ascender o anular la carrera del juez, no puede decirse que esté asegurada su independencia funcional, por faltar la independencia organizativa.

5. Cfr. En este sentido ROCCO, Ugo, ob. y loc. cit., p. 272.

6. Un interesante análisis comparativo de los sistemas de muchos países, entre ellos el inglés, fue realizado por la Cuarta Comisión del Congreso Internacional de Juristas celebrado en Nueva Delhi, India, en 1959. Véase el volumen que recoge las labores del Congreso: *El imperio de la ley en las sociedades libres*, Ginebra, Suiza, p. 319. Un interesante estudio sobre *La justicia inglesa*, se debe a COUTURE, en *Estudios*, cit., Vol. I, p. 145. Información más amplia puede verse en CASTELLI DIONIGI, *L'ordinamento giudiziario e l'amministrazione della giustizia in Inghilterra*, Milano. Y para el proceso inglés: CROCIONI, Pietro, *Fase preliminare e dibattimento nel processo civile inglese*, Cedam, Padova, 1939.

7. Cfr. TORRENTE, Andrea, *Il consiglio superiore della magistratura.*.En *Rivista di Diritto Processuale*, 1953, I, p. 2.

Nuestra Constitución Nacional consagra la independencia funcional de los jueces al establecer que: "En el ejercicio de sus funciones los jueces son autónomos e independientes de los demás órganos del Poder Público" (Art. 205 C.N.). Esta independencia la asegura la Ley de Carrera Judicial, sancionada para desarrollar aquella previsión constitucional[8].

No corresponde hacer aquí un examen comparativo de los diversos sistemas de elección de jueces existentes en los distintos países, porque un estudio de esa naturaleza excede los propósitos fundamentales de esta obra; sin embargo, a fin de comprender mejor el sistema vigente entre nosotros, mencionaremos algunos de ellos.

a) En primer lugar, el sistema llamado de la *cooptación*, según el cual el propio órgano judicial elige sus miembros. En este sistema, la Asamblea General, el Parlamento o Congreso Nacional, elige los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y luego este Alto Tribunal elige a los jueces. Este régimen, que fue implantado en el Uruguay en la Constitución de 1830, ha dado en ese país excelentes resultados, a tal punto que Couture afirma que realmente ha asegurado la independencia del Poder Judicial en su país y que la experiencia de más de un siglo le es ampliamente favorable[9].

b) Otro sistema es el de la *elección popular*, según el cual los jueces de los tribunales principales son elegidos por el pueblo para un período determinado, y las vacantes que surjan entre una elección y otra son cubiertas por designación del Ejecutivo. Este sistema rige en algunos Estados de los Estados Unidos de América. Se objeta a este sistema que la pasión y los intereses de la lucha política impiden elegir a los más capaces; que la contienda electoral para hacer triunfar a determinado candidato crea compromisos políticos entre el candidato y el grupo que lo postula, y finalmente, que donde el juez se encuentre embarcado en la lucha por su candidatura, deja de ser juez para transformarse en defensor de sus propias virtudes[10].

8. Cfr. Ley de Carrera Judicial (Arts. 1 y 3). *Gaceta Oficial* Nº 2.711 Extraordinario, de fecha 30 de diciembre de 1980.
9. Cfr. COUTURE, *Nombramiento y promocion de magistrados*. En *Estudios*, cit., Vol. I, p. 127.
10. Cfr. en este sentido COUTURE, ob. cit., p. 132. CUENCA, *Derecho procesal civil*, Vol. I, p. 93.

c) También se utiliza el sistema de *concurso de méritos* o de *oposición*, que exige al aspirante la realización de estudios especiales para la judicatura y práctica en el estudio y manejo de expedientes, análisis de pruebas, redacción de fallos, etc. Contra este sistema no se hacen objeciones de fondo y sólo los partidiarios de la elección discrecional sostienen que en los sistemas en los cuales no existe concurso, se hacen también buenos nombramientos. Sin embargo –como dice Couture–, nadie ha podido replicar la penetrante respuesta de Jofré: "No se nos diga que algunas veces el Poder Ejecutivo Nacional o los de Provincia, han hecho buenos nombramientos judiciales, porque ésa no es la cuestión; de lo que se trata es de que no puedan hacerlos malos aun cuando lo quieran[11]".

La objeción fundamental que puede hacerse a este sistema es que por sí solo no es suficiente para la integración del Poder Judicial; tiene que ser combinado con alguno de los sistemas conocidos, y entonces el problema se desplaza hacia la consideración del órgano elector o autoridad que debe realizar el concurso, hacer las valoraciones y en última instancia hacer el nombramiento.

d) Finalmente, existe el sistema de nombramiento por el Ejecutivo, que es el menos democrático y el más usado, pero que no realiza la autonomía e independencia del Poder Judicial.

e) Entre nosotros, el sistema de elección de los jueces, adoptado por la Ley de Carrera Judicial, es el de Concurso de Oposición, que sustituyó al anterior sistema que combinaba la intervención del Ejecutivo con la de la Corte Suprema de Justicia[12].

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia son elegidos por las Cámaras legislativas, en sesión conjunta, por períodos de nueve años, pero se renuevan por terceras partes cada tres años. En la misma forma son nombrados los suplentes, para llenar las faltas absolutas de los magistrados; las faltas temporales o accidentales deben ser provistas conforme a la ley (Art. 214 C. N.). En cuanto a las condiciones que se requieren para ser elegido magistrado de la Corte Supre-

11. Cfr. COUTURE, ob. cit., p. 136.
12. Cfr. Ley de Carrera Judicial: Arts. 14, 25, 26, 27 y 28.

ma de Justicia, la Constitución sólo exige ser venezolano por nacimiento, abogado y mayor de treinta años[13].

La Constitución deja a la Ley Orgánica la posibilidad de exigir, además, el ejercicio de la profesión de abogado, de la judicatura o del profesorado universitario en materia jurídica por determinado tiempo (Art. 213 C.N.).

60. *El Consejo de la Judicatura*

La Constitución no solamente consagra la autonomía e independencia de los jueces, sino que consagra también la inamovilidad de los jueces, "los cuales no pueden ser removidos ni suspendidos en el ejercicio de sus funciones sino en los casos, y mediante el procedimiento que determine la ley" (Art. 208 C.N.), y encomienda a la ley orgánica respectiva la creación del Consejo de la Judicatura (Art. 217 C.N.). La creación de este Consejo la dispone la Constitución con el objeto de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales y de garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial. En el Consejo deberá darse adecuada representación a las otras ramas del Poder Público.

La Constitución ha tenido así la virtud de plantear todo el problema de la organización institucional de la justicia en sus tres dimensiones más importantes; y es que la autonomía e independencia de los jueces, está estrechamente vinculada con la existencia de la carrera judicial, y a su vez, estos dos aspectos de la cuestión, requieren de un órgano idóneo que garantice y asegure aquellos beneficios.

Este es el objeto que está llamado a cumplir, según la Constitución, el Consejo de la Judicatura[14].

13. La exigüidad de estas exigencias contrasta, por ejemplo, con las exigidas para ser Magistrado del Tribunal Supremo de Israel: 1º Haber desempeñado el cargo de juez de distrito durante cinco años. 2º Los que ejerzan la profesión del Derecho y hayan ejercido durante diez años como mínimo una de las funciones siguientes: a) la profesión de abogado; b) una función judicial u otra al servicio del Estado; c) la enseñanza del Derecho en una Universidad o Escuela Superior de Derecho aprobada al efecto. 3º Los jurisconsultos eminentes. Cfr. EISENBERG, *Independencia del Poder Judicial en el Estado de Israel*, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, 1964, vol. V. Nº 1, p. 97.

14. Cfr. Nuestro estudio: *El Consejo de la Judicatura*, en *Estudios sobre la Constitución*. Libro Homenaje a Rafael Caldera. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1979. Tomo IV, pp. 24-29 y ss. Anteriormente sobre el mismo tema Cfr. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Nº 115, Enero-Marzo de 1961.

La consideración de estos problemas, ha planteado en todas partes las dudas acerca de si encomendando el gobierno de la magistratura a un órgano constituido enteramente por los mismos jueces, pueda formarse una especie de casta cerrada, con una orientación divorciada de los fines generales que persigue el Estado a través de los demás poderes, o bien, que dejando entregada la organización y gobierno de la magistratura al Poder Ejecutivo únicamente, pueda sufrir, como de hecho ha sufrido en otras partes, graves interferencias de la política y la arbitrariedad en la justicia[15].

De allí que hoy no se vacila, y se tienen menos reservas en entregar el gobierno de la magistratura a los mismos jueces, antes que dejarla en las circunstancias tradicionales.

Nuestra Constitución ha seguido, a este respecto, la vía más aconsejable y equilibrada, pues al disponer la creación del Consejo de la Judicatura, y colocar como objetivo de este órgano la garantía de la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales, ha dispuesto también, como hemos visto antes, que en él tengan representación adecuada las otras ramas del Poder Público, salvando así las dudas y temores mencionados.

En realidad, esta cuestión es susceptible de enfoques diversos, y su solución sigue en cada país las líneas básicas de la estructura fundamental del Estado[16].

Nosotros hemos propiciado, siguiendo el espíritu de la disposición constitucional venezolana, que el Consejo de la Judicatura se integre con dos tipos de miembros: unos que formen

15. El peligro es sólo imaginario, porque el Consejo tiene funciones de naturaleza administrativa y no judicial. Cfr. en sentido conforme: PERGOLESI, Ferruccio, *Il Consiglio Superiore della Magistratura e la Costituzione*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1953, I, pp. 16-19.

16. Así, en la V República Francesa el Presidente de la República es quien garantiza la independencia de la autoridad judicial y al mismo tiempo es el Presidente del Consejo Superior de la Magistratura, y el Vice-Presidente, el Ministro de Justicia. El propio Consejo está integrado por nueve miembros nombrados por el Presidente de la República. Cfr. LIONS SIGNORET, Monique, *La Constitución francesa de 4 de octubre de 1958*, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Nº 34, pp. 73 y ss., especialmente p. 88. Un resumen de la Ley Orgánica sobre el Consejo Superior de la Magistratura, puede verse en el mismo Boletín, Nº 36, p. 109. Cfr. también, ANDRIOLI, Virgilio, *Il Consiglio Superiore della Magistratura in Francia*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, p. 267.

parte de *derecho* del Consejo, y otros elegibles por la misma duración del período constitucional[17].

Los miembros que por derecho formarían parte del Consejo, deberían ser, a nuestro parecer, el Presidente y el Vice-Presidente de la Corte Suprema de Justicia y el Ministro de Justicia.

Los miembros elegibles lo serían, unos por el Congreso Nacional y otros por los jueces de las diversas circunscripciones judiciales, en proporciones justas y razonables para integrar el Consejo.

De este modo, si los miembros del Consejo fuesen siete, tendríamos tres miembros de derecho: el Presidente y el Vice-Presidente de la Corte Suprema de Justicia, y el Ministro de Justicia; y cuatro elegibles por el período constitucional, así: dos por el Congreso Nacional y dos por los delegados de los jueces de Primera Instancia y Superiores de las diversas circunscripciones.

En esta forma, teniendo el Presidente y el Vice-Presidente de la Corte Suprema de Justicia un origen electivo, por las Cámaras, se logra que la mayoría de los integrantes del Consejo tengan su origen directa o indirectamente en la soberanía popular que reside en el Congreso Nacional; no se descuida el necesario vínculo de coordinación que debe tener con el Poder Ejecutivo, a través del Ministro de Justicia, y se da además, como es deseable y conveniente, participación en la elección de sus componentes a los jueces de la República, que son los destinatarios de los beneficios que la Constitución les acuerda con la creación de la carrera judicial y del Consejo de la Judicatura.

Quedaría así asegurada al Consejo una fisonomía propia y una autoridad e independencia tales, que difícilmente podría decirse cuál de los poderes nacionales tiene predominio en el gobierno de la magistratura, lográndose, a nuestro parecer, un equilibrio realista que hace presumir un funcionamiento dinámico del Consejo de la Judicatura.

17. La solución que propugnamos se acerca a la consagrada en la Constitución de la República Italiana que entró en vigencia el 1º de enero de 1948. Para el derecho italiano Cfr. TORRENTE, Andrea, y también PERGOLESI, Ferrucio, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1953, I, pp. 1 y 16, respectivamente. Cfr. nuestro estudio *El Consejo de la Judicatura*, ob. cit., y *Manual de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Caracas, 1968, Vol. I, p. 212.

Sin embargo, no ocurrió así cuando fue creado el Consejo de la Judicatura mediante Ley de Reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sancionada el 26 de agosto de 1969, que modificó el Artículo 34 de dicha Ley[18].

Según esta disposición, el Consejo de la Judicatura se componía de nueve miembros, designados así: cinco (5) principales, por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa; dos (2) principales, por el Congreso de la República y dos (2) principales, por el Ejecutivo Nacional. Cada uno de los miembros principales tenía dos (2) suplentes, designados en la misma forma y oportunidad que el respectivo principal. Conforme al Artículo 122, los miembros del Consejo durarían cinco (5) años en sus funciones; y conforme al Artículo 121 la designación de los miembros por el Ejecutivo Nacional y por la Corte Suprema de Justicia se hacía en la primera quincena del mes de abril del año en que comience cada período constitucional; y la de los miembros correspondientes al Congreso de la República, la hacían las Cámaras Legislativas Nacionales en sesión conjunta, dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del expresado término.

Entre las atribuciones del Consejo de la Judicatura, el Artículo 123 establecía la de designar los jueces en el mes de septiembre inmediato a la iniciación de cada período constitucional, con excepción de los jueces de la Jurisdicción Militar; designación que se hacía al arbitrio del Consejo. Esta situación se modificó con la sanción de la Ley de Carrera Judicial, que fijó las condiciones para el ingreso, permanencia y terminación en el ejercicio de la judicatura; aseguró la estabilidad de los jueces y exigió el concurso de oposición para la designación[19].

La referida estructura y composición del Consejo de la Judicatura no dio el resultado esperado, y las críticas al sistema se hacían cada año más profundas y generales, hasta que se llegó a la convicción de la necesidad de su reforma estructural.

18. Cfr. *Ley de Reforma parcial de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en *Gaceta Oficial* Nº 1.376 Extraordinario de fecha 17 de febrero de 1970.
19. Cfr. Las condiciones políticas imperantes al momento de la creación del Consejo de la Judicatura y la solicitud de inconstitucionalidad a la Corte Suprema, de la mencionada reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por el Presidente de la República, doctor Rafael Caldera, se comentan en nuestro citado estudio: *El Consejo de la Judicatura*, ob. cit.

Esta reforma se plasmó en la reciente "Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura", sancionada por el Congreso de la República el 24 de agosto de 1988[20].

La nueva Ley establece como objeto de la misma, la organización, funcionamiento y competencia del Consejo de la Judicatura, y define al Consejo como el órgano administrativo encargado de ejercer el gobierno judicial conforme a las disposiciones de la Constitución y Leyes de la República; define la nueva estructura organizativa del Consejo y su integración la limita a cinco (5) Magistrados en representación de las ramas del Poder Público, designados así: tres (3) Principales, designados por la Corte Suprema de Jusicia, en sesión plenaria; por mayoría calificada de dos tercios de la votación de los Magistrados; un (1) Principal, designado por el Congreso de la República, por mayoría calificada de dos tercios de la votación parlamentaria; y un (1) Principal, designado por el Ejecutivo Nacional. El representante del Congreso debe ser designado en sesión conjunta de las Cámaras Legislativas, en el primer período de sesiones del Congreso del año en que comience cada período constitucional; y el representante del Ejecutivo Nacional, será designado por el Presidente de la República, en Consejo de Ministros. Cada Magistrado del Consejo tendrá dos (2) suplentes, designados en la misma forma y oportunidad que el respectivo Principal.

El Régimen Disciplinario que contemplaba la Ley de Carrera Judicial fue modificado y pasó a la nueva ley, quedando derogadas las disposiciones respectivas de aquella ley.

Entre las modificaciones del régimen disciplinario se encuentra la disposición del Art. 79 de la ley, que admite contra las decisiones dictadas por el Tribunal Disciplinario del Consejo, el recurso de nulidad por ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, únicamente cuando la sanción impuesta sea de destitución. Y el término para intentar este recurso será de diez días hábiles a contar desde la fecha de su publicación.

La mencionada disposición viene a despejar la discrepancia surgida entre Magistrados de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema; pues mientras la mayoría de la Sala venía sosteniendo la doctrina según la cual "cuando el Consejo de la Judicatura decide en materia disciplinaria, actúa como órgano jurisdiccional con plena competencia para dictar sentencias con fuerza de cosa juzgada, y por tanto no puede la Sala considerarse autorizada para actuar como órgano de lo Contencioso-Administrativo y conocer de un recurso cuyo objeto no es la anulación de un acto de carácter administrativo"; en cambio, la minoría ha sostenido que "el Consejo de la Judicatura es un órgano administrativo y no judicial; que la potestad sancionadora y disciplinaria de la Administración es de naturaleza netamente administrativa, porque la Administración, en ejercicio de esta potestad, no actúa con el objeto de reintegrar al ordenamiento general –como ocurre con la actividad jurisdiccional– sino para cuidar de los intereses que actualiza y reintegrar el ordenamiento jurídico administrativo, por lo que, la potestad sancionadora reside en el propio ordenamiento jurídico administrativo, en virtud del cual, la Administración no solamente tiene la potestad normativa, sino también la potestad sancionadora, encaminada a reprimir las infracciones del ordenamiento de que es titular. Así pues, para los Magistrados disidentes, el Consejo de la Judicatura, no es un órgano complejo, sino un órgano de naturaleza administrativa, al cual le han sido confiadas potestades administrativas; y el ejercicio de esas potestades se traduce en actos administrativos (sea cual fuere la forma externa que adopten: reglamentos, sentencias, resoluciones, etc.) y por consiguiente, todos sus actos pueden ser impugnados por inconstitucionalidad o ilegalidad ante la Sala Político-Administrativa, por preverlo así el ordinal 12 del Art. 42, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia"[21].

La nueva Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, al admitir el Recurso de Nulidad contra las decisiones dictadas por el Tribunal Disciplinario por ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, opta por esta última doctrina que considera al Consejo no como un órgano jurisdiccional, sino administrativo, poniendo así fin a la mencionada discrepancia.

20. Cfr. *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* Nº 34.068 de fecha 7 de octubre de 1988.

21. Cfr. *Gaceta Forense* Nº 127 (3ª et.), Vol. I p. 705. IDEM, Nº 133 (3ª et.), Vol. I, p. 456. Nº 136 (3ª et.), Vol. I, p. 515. PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia*, cit. Año. 1988, Nº 4, p. 20.

61. *La carrera judicial*

La Ley de Carrera Judicial fue dictada el 11 de diciembre de 1980 y promulgada el 30 del mismo mes y año. Tuvo como base nuestro Proyecto presentado al Congreso Nacional por el Ministro de Justicia de la época, doctor José Guillermo Andueza, el 6 de junio de 1979. En la discusión de las Cámaras Legislativas, el proyecto sufrió poquísimas modificaciones de forma. La Ley sancionada acogió sustancialmente el Proyecto[22].

La carrera judicial puede definirse como *la institución que asegura la estabilidad e independencia de los jueces regulando las condiciones de su ingreso, permanencia y terminación en el ejercicio de la magistratura.*

A) Base constitucional de la ley

La Constitución de la República, sancionada el 23 de enero de 1961, establece en su artículo 207: "La ley proveerá lo conducente para el establecimiento de la carrera judicial para asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces y establecerá las normas relativas a la competencia, organización y funcionamiento de los tribunales en cuanto no esté previsto en esta Constitución". A su vez, los artículos 205 y 208 de la misma Constitución establecen: "Artículo 205: En el ejercicio de sus funciones los jueces son autónomos e independientes de los demás órganos del Poder Público". "Artículo 208: Los jueces no podrán ser removidos ni suspendidos en el ejercicio de sus funciones sino en los casos y mediante el procedimiento que determine la ley".

Finalmente, el Artículo 217 dispone: "La ley orgánica respectiva creará el Consejo de la Judicatura, cuya organización y atribuciones fijará con el objeto de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales y de garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial. En él

22. Cfr. Un fundamental estudio de esta cuestión se debe a SENTIS MELENDO, Santiago, en *Teoría y Práctica del Proceso,* Buenos Aires, 1958, Vol. II, pp. 3-41. También COUTURE, *Nombramiento y promoción de magistrados,* en *Estudios,* cit., Vol. I, p. 137. Cfr. RENGEL-ROMBERG, *El Consejo de la Judicatura,* ob. cit. Cfr. SARMIENTO NUÑEZ, José Gabriel, *Principios fundamentales de la carrera judicial,* en *Revista del Ministerio de Justicia,* Nº 28, p. 51. Para el Proyecto de Ley de Carrera Judicial y su Exposición de Motivos, Cfr. RENGEL-ROMBERG. *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello,* Nº 27. Año Lectivo 1979-1980, pp. 225 y ss.

deberá darse adecuada representación a las otras ramas del Poder Público".

Estas disposiciones, integrantes del Título VII de la Constitución, referente al Poder Judicial y al Ministerio Público, plantean adecuadamente, en sus tres dimensiones, la organización institucional de la justicia: la independencia de los jueces; la carrera judicial y el Consejo de la Judicatura; dimensiones que no pueden concebirse aisladamente una de la otra porque la autonomía e independencia de los jueces está estrechamente vinculada con la existencia de la carrera judicial y, a su vez, estos dos aspectos de la cuestión requieren de un órgano idóneo que asegure la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales y garantice a los jueces los beneficios de la carrera judicial.

B) Estructura de la ley

La estructura de la ley se divide en ocho Títulos, con sus correspondientes Capítulos así: TITULO I: De los fines de la carrera judicial, Capítulo I: Disposiciones fundamentales. Capítulo II: Del escalafón judicial. TITULO II: Del ingreso a la carrera judicial. Capítulo I: De las condiciones de aptitud y de las incompatibilidades. Capítulo II: De la provisión de los cargos. Capítulo III: De las preferencias. Capítulo IV: del concurso de oposición. TITULO III: De la permanencia en la carrera. Capítulo I: De los ascensos, traslados y cambios. Capítulo II: Del rendimiento de los jueces. Capítulo III: De los permisos y licencias. Capítulo IV: De las amonestaciones y suspensiones. TITULO IV: De la terminación de la carrera. Capítulo I: De las destituciones. Capítulo II: De los retiros, pensiones y jubilaciones. TITULO V: Del procedimiento disciplinario, el cual fue derogado y pasó a formar parte de la estructura de la nueva Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura. TITULO VI: De la seguridad social de los jueces y demás funcionarios judiciales. TITULO VII: De la escuela de la judicatura. TITULO VIII: Disposiciones finales y transitorias. Capítulo I: Disposiciones finales. Capítulo II: Disposiciones transitorias.

Se comprenden así, en la estructura fundamental de la ley, además de las disposiciones fundamentales que recogen los principios rectores y los fines de la carrera judicial, los tres momentos que constituyen el *iter* de la carrera. El ingreso, la

permanencia y la terminación de la carrera, cuya regulación se consagra en los respectivos capítulos de estos momentos fundamentales de la carrera judicial.

C) Los fines de la carrera judicial

Los fines de la carrera judicial están consagrados en el Título I que comprende las disposiciones fundamentales y el escalafón judicial. El Artículo 1º recoge en la forma más amplia posible estos fines, al establecer que "La presente Ley de Carrera Judicial tiene por finalidad asegurar la ideoneidad, estabilidad e independencia de los jueces y regular las condiciones para su ingreso, permanencia y terminación en el ejercicio de la judicatura, así como determinar la responsabilidad disciplinaria en que incurran los jueces en el ejercicio de sus funciones".

En las finalidades expresadas, la ley se ciñe estrictamente a las bases constitucionales arriba referidas y concibe en general la carrera como una institución dinámica y activa, que se manifiesta en los tres momentos fundamentales del ingreso, la permanencia y la terminación de la carrera, cuyas condiciones regula en detalle.

Una declaración de principios que va más allá de una simple disposición programática, se contiene en el Artículo 2º de la ley, que establece: "La administración de justicia es una función pública. La garantía de estabilidad que asegura a los jueces la presente ley, no podrá privar nunca sobre el interés general en la recta administración de justicia".

Principio rector éste, de alto valor moral y práctico, toda vez que coloca a la estabilidad en el cargo –que asegura la Constitución y protege el interés individual del juez– en su exacta dimensión frente al interés público y general en la recta administración de justicia, de tal modo que cuando estos dos intereses entren en conflicto, ha de predominar el interés público sobre el interés particular, lo que es concordante con lo dispuesto en el Artículo 208 de la Constitución.

La regulación concreta de los casos de remoción y suspensión de los jueces se establece en las disposiciones relativas a las amonestaciones y suspensiones (Título III, Capítulo IV) y las destituciones (Título IV, Capítulo I). El procedimiento disciplinario (Título V), pasó a formar parte de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, con reformas.

Las siguientes disposiciones fundamentales se refieren a los funcionarios que gozan de los beneficios de la carrera judicial (Artículo 4º); al expediente de los jueces que debe llevar el Consejo de la Judicatura (Artículo 5º); al sueldo de los jueces (Artículo 6º) y a la duración de la carrera (Artículo 7º).

Conviene destacar la importancia que tiene en el régimen de la carrera judicial el expediente de cada juez. Todo el sistema de ascensos por méritos y rendimiento, de sanciones disciplinarias y de destituciones de los jueces, depende de la estricta fiscalización de su conducta y rendimiento en el transcurso de la carrera, y tales datos deben reflejarse en el expediente del juez y en los cuadros de méritos que debe preparar el Consejo de la Judicatura en las condiciones exigidas en la ley. Sólo así la carrera podrá ser realmente una institución dinámica y fructífera, tanto para la organización judicial en general, como para la vida y realización personal y profesional del juez en particular.

En el expediente del juez se harán constar sus datos personales, la fecha y la forma de su ingreso a la judicatura; el circuito o región a que pertenece y la categoría que tiene; la hoja de servicios, el informe anual de su rendimiento y de la cantidad de sentencias dictadas; el número de las sentencias confirmadas, modificadas, revocadas o casadas; la duración de los procesos, la observancia de los plazos y términos procesales; los diferimientos de la sentencias; las denuncias interpuestas contra el juez y las decisiones recaídas; los ascensos, traslados y cambios y todas las demás informaciones relativas a la conducta moral y al rendimiento del juez.

Concluye el Capítulo I con la norma del Artículo 7º que fija la duración de la carrera judicial en treinta años y exige para ser admitidos en ella haber cumplido por lo menos veinticinco años de edad y llenar los demás requisitos que establece la ley para el ingreso a la misma (Artículo 14).

En esta forma los candidatos más jóvenes pueden ingresar a la carrera en sus niveles inferiores y ascender progresivamente haciendo méritos para ello en el tiempo de servicio requerido en cada nivel, hasta llegar a la posición superior o categoría "A" y servir en ésta hasta que se cumpla el tiempo requerido para su retiro y jubilación, logrando así el juez, en el transcurso de la carrera, una realización cuajada en servi-

cios a la causa de la justicia y el reconocimiento de la colectividad por su vida de entrega a una de las tareas más nobles y responsables como lo es la de administrar justicia entre los hombres.

D) El escalafón judicial

El Capítulo II relativo al escalafón judicial cierra el Título I sobre los fines de la carrera judicial. El escalafón judicial es un capítulo básico en la estructura de la ley. Sin escalafón no puede haber carrera porque mediante el escalafón podrán los jueces asegurarse el tránsito progresivo por las diversas categorías o niveles existentes en el circuito judicial, acumulando para ello el tiempo, los méritos y credenciales necesarios según el régimen de la ley. El escalafón supone pues, por un lado, la división del territorio nacional en diversos circuitos o regiones, agrupados en un cierto orden, y por otro lado, la distinción de diversas categorías de jueces en cada circuito, fundada esta división en la diversa jerarquía que tienen los tribunales en la organización judicial, tal como lo establece la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Los Artículos 8º y 9º de la ley están destinados a la creación del escalafón judicial y a la función de éste, que no es otra que la de permitir a los jueces pasar progresivamente por las diversas categorías existentes en el circuito o región a que pertenecen, acumulando para ello el tiempo, los méritos y credenciales necesarios para su tránsito por la carrera, conforme a lo previsto en la presente Ley (Artículo 9º).

La división del territorio nacional en circuitos o regiones puede hacerse de diversos modos. No se ha seguido la división que hace la Ley Orgánica del Poder Judicial en Circunscripciones Judiciales porque ésta es meramente geográfica o territorial sin ninguna otra consideración. En la ley se sigue la división que establece el decreto Nº 2.057 de fecha 8-3-77 que organiza la jurisdicción contencioso-administrativa y divide el territorio nacional en circuitos o regiones (Artículo 10).

Fue un factor apreciable en esta división la consideración del número de los circuitos o regiones, pues el sistema acogido aconseja un número reducido de tales circuitos y no un amplio número de ellos como habría ocurrido de haberse seguido el sistema de las circunscripciones judiciales vigente.

La división de los jueces en categorías se establece en el Artículo 11 de la Ley, así:

Categoría "A": Los jueces de las Cortes o Juzgados Superiores.

Categoría "B": Los jueces de los Tribunales de Primera Instancia.

Categoría "C": Los jueces de Distrito o Departamento.

Categoría "D": Los jueces de Municipio o Parroquia.

A los jueces de la categoría "A" se equiparan los jueces de Impuesto sobre la Renta; de Inquilinato; de la Carrera Administrativa; de Reenvío y las demás de jurisdicciones especiales que se califiquen como jueces superiores en las respectivas leyes.

A los jueces de la categoría "B" se equiparan los jueces nacionales de Hacienda y los demás de jurisdicciones especiales que se califiquen como jueces de Primera Instancia en las leyes respectivas.

A los jueces de la categoría "C" se equiparan los jueces de Instrucción Penal.

La función del escalafón se completa con la norma del Artículo 12 que establece el tiempo mínimo de servicio que deben cumplir los jueces en cada categoría para tener el derecho de ascenso a la categoría superior.

Así, el Artículo 12 establece: "Sin perjuicio de las demás condiciones exigidas en la presente ley, para ascender de una categoría a otra en el escalafón judicial, los jueces deberán servir como mínimo cinco (5) años en la categoría inmediatamente anterior".

Si se relacionan las disposiciones del escalafón judicial con aquella del Artículo 6º que establece que el sueldo de los jueces se fijará en armonía con la categoría a que pertenezcan en el escalafón judicial, se comprende fácilmente la trascendencia y la función que tienen las clasificaciones y divisiones antes señaladas en el régimen de la carrera judicial que se acoge en la ley.

E) El ingreso a la carrera

En el Título II de la ley se reúnen las disposiciones relativas al ingreso a la carrera judicial, que es el primero de los tres momentos que constituyen el *iter* de la carrera.

Comprende las condiciones de aptitud para el ingreso y las incompatibilidades; la forma de proveer los cargos y el órgano que los provee; las preferencias que deben tomarse en cuenta para la provisión de los cargos y todo lo relativo al concurso de oposición, que es el método adoptado para la selección de los aspirantes a ingresar en la carrera.

Comienza el Capítulo I por establecer que el ingreso a la carrera judicial se hará por la categoría "D" prevista en el escalafón judicial, pero sin perjuicio de que ciertos aspirantes, por haberse distinguido en su especialidad, por ser autores de trabajos jurídicos valiosos o profesores de reconocida competencia, o haber servido en la judicatura con eficiencia y rectitud, o ser abogado con no menos de diez años en ejercicio, o Defensores Públicos de presos, o Fiscales del Ministerio Público, con no menos de seis (6) años de servicio, puedan ser admitidos a concurso en las categorías "A" y "B".

En esta forma se desea, no sólo moderar la rigidez que se produciría si se admitiese el ingreso solamente por la categoría inferior, sino también estimular a cierta clase de profesionales de reconocidos méritos, a ingresar a la carrera en las categorías superiores, con gran beneficio para la administración de justicia.

Las condiciones de aptitud y las incompatibilidades están reguladas en detalle en los Artículos 14 y 15, y se prevé que cuando comience a funcionar la "Escuela de la Judicatura", que se crea en esta ley, será requisito para ingresar a la carrera haber aprobado el curso de capacitación teórica y práctica que dicte la escuela para los aspirantes a ingresar a la carrera judicial.

El Capítulo II trata de la provisión de los cargos (Artículo 21). Se establece que el órgano elector es el Consejo de la Judicatura, de conformidad con el Artículo 13, entre los aspirantes que reúnan las condiciones de aptitud exigidos en el Art. 14.

Según el método que se adopta, la designación de juez titular del Tribunal recaerá en el concursante que haya obtenido la

mayor calificación en el Concurso de Oposición, dentro de una escala de puntuación entre un mínimo de quince puntos y un máximo de veinte puntos. Los concursantes que hayan obtenido el segundo y tercer puestos, respectivamente, en la mencionada escala de puntuación, serán designados en el mismo orden: Primero y Segundo Suplentes del Titular. Se declarará desierto el concurso si los concursantes obtuvieren calificaciones inferiores a quince puntos (Artículo 22).

Especial importancia tiene el régimen de preferencias establecidas en el Capítulo III, régimen que está relacionado con el sistema de traslados y ascensos previstos en la ley.

Gozarán de preferencia, según el Artículo 24, para la provisión de los cargos vacantes y de los nuevos cargos conforme a la ley: 1º Los jueces de circuitos o regiones diferentes pero de la misma categoría del que deba ser provisto, que soliciten el traslado al circuito y reúnan los requisitos establecidos en esta ley para los traslados. 2º A falta de los anteriores, los jueces del mismo circuito o región que hayan servido en la categoría inmediatamente inferior a la del cargo que deba llenarse y que reúnan las condiciones establecidas para los ascensos. 3º) Los suplentes del Titular que haya de ser suplido, designados conforme a lo previsto en el Artículo 22.

En esta forma, se logra al propio tiempo la movilidad del sistema y el reconocimiento de los méritos de los jueces en aptitud de ser trasladados de circuitos o ascendidos de categoría conforme a la ley.

Finalmente, las disposiciones relativas a los concursos se recogen en el Capítulo IV que cierra el Título II del ingreso a la carrera judicial. Fundamentalmente se prevé en este capítulo, el órgano que dispone los concursos (Consejo de la Judicatura); la forma de integración del jurado examinador, distinguiéndose el jurado para la provisión de los cargos de la Categoría "A", del jurado para la provisión de los cargos de las Categorías "B", "C" y "D". En el primer caso, el jurado lo integrarán dos Magistrados de la Sala correspondiente de la Corte Suprema de Justicia y un miembro del Consejo de la Judicatura. En el segundo caso, el jurado estará integrado por dos miembros del Consejo de la Judicatura, un juez superior de la Región Capital competente por la materia, designado por el Consejo de la Judicatura y por un juez superior,

competente por la materia designado por el Consejo de la Judicatura (Art. 26).

Los concursos constarán de tres pruebas: una de credenciales y méritos, una escrita de carácter práctico, y otra oral, de carácter teórico. Sin embargo, se deja al Reglamento de la Ley el régimen de los concursos y el método de evaluación (Art. 27).

F) La permanencia en la carrera

El establecimiento de las reglas relativas a la permanencia en la carrera es quizás el aspecto más delicado de cualquier ley de carrera judicial, porque la permanencia en la carrera supone la regulación de las condiciones para los ascensos, traslados y cambios, que le dan movilidad al sistema y permiten al juez su tránsito por las diversas clases del escalafón judicial, y por otro lado, la exigencia y evaluación del rendimiento creciente del juez siempre estimulado a la realización de una labor creciente y eficaz en pro de la recta y pronta administración de justicia.

Pero no se agotan aquí los problemas o situaciones que debe afrontar la regulación de la permanencia en la carrera, sino que se contemplan también en este título los permisos y licencias necesarias en el decurso de la carrera y ciertas formas de sanciones disciplinarias, como las amonestaciones disciplinarias y suspensiones de que pueden ser objeto los jueces por las faltas que expresamente contempla la ley.

El principio fundamental en materia de ascensos lo recoge el Artículo 29 en estos términos: "Los jueces ascenderán en el escalafón a la categoría inmediatamente superior, de acuerdo con los méritos acumulados así como el tiempo de servicio en la categoría anterior, siempre que exista cargo vacante".

El ascenso se configura así en el régimen adoptado como un derecho del juez, que deriva inmediatamente de sus méritos acumulados en su tiempo de servicio en la categoría inferior. Por tanto, no es una gracia ni un capricho de autoridad alguna ni un favoritismo que pueda tener fundamento en nexos políticos o de amistad, sino un derecho que se funda en méritos efectivos, que deben ser evaluados objetivamente por el Consejo de la Judicatura, conforme a la diposición del Artículo 36. De allí la íntima vinculación que tienen en el sistema

adoptado estos dos Capítulos del Título III: el Capítulo I que trata de los ascensos, traslados y cambios, y el Capítulo II que trata del rendimiento de los jueces.

El segundo principio fundamental, en materia de ascensos, está contenido en el Artículo 30, según el cual los ascensos se harán previa calificación de méritos de jueces de la misma categoría, sin perjuicio de la preferencia establecida en el ordinal 2º del Artículo 24.

Otras disposiciones de este capítulo se refieren a los traslados del juez a *circuito* diferente (Artículo 32), por conveniencia del servicio, por solicitarlo así el interesado y en los casos de preferencia a que se refiere el ordinal 1º del Artículo 24 de la ley.

El Capítulo lo cierran los Artículos 33 y 34, relativos a los cambios, el primero, que permite a los jueces de una misma categoría cambiar sus cargos aunque sean de competencias diferentes y pertenezcan a regiones distintas, previa aprobación del Consejo de la Judicatura; y el último, a aclarar que los ascensos, traslados y cambios no interrumpen el tiempo de servicio para todos los fines de la carrera judicial.

Especial trascendencia tiene el Capítulo II, dedicado al rendimiento de los jueces. El principio fundamental en esta materia lo recoge el Artículo 35.

Si en el caso del ascenso se trata de un derecho, en el presente caso el juez está en presencia de un deber, cuyo cumplimiento satisfactorio, prolongado en el tiempo de servicio mínimo en la categoría correspondiente, origina aquel derecho al ascenso a la categoría inmediatamente superior.

El rendimiento del juez en el ejercicio de su cargo ha de ser constante y continuado y será evaluado por el Consejo de la Judicatura anualmente o cuando lo considere conveniente (Artículo 35).

Aquí el Consejo de la Judicatura ha de proceder a una evaluación objetiva del rendimiento del juez, extraña a toda consideración subjetiva y caprichosa, sujetándose para ello a los elementos de apreciación que enumera el Artículo 36 de la ley. Sin embargo, la escala de rendimiento satisfactorio, no lo fija la ley y la deja al Reglamento, tomando en cuenta las categorías de jueces, las materias de su competencia y el movimiento general de trabajo en los diferentes circuitos o regiones.

Después de regular en el Capítulo III los permisos y licencias, el Título concluye con el Capítulo IV destinado a las amonestaciones y suspensiones de los jueces.

Son éstas dos formas de sanciones a que puede dar motivo la responsabilidad disciplinaria del juez en el ejercicio de sus funciones. Están concebidas tomando en cuenta la gravedad de la falta y se relacionan algunas de ellas de tal modo, que la reincidencia del juez en algunas causas de amonestación, o en una nueva infracción después de haber sufrido dos (2) amonestaciones, es causa de suspensión del juez en el ejercicio de sus funciones, que es una sanción más grave que la anterior.

También aquí las causas de amonestación y de suspensión están expresamente señaladas en los Artículos 42 y 43 de la Ley y deben considerarse taxativas o *numerus clausus*, no susceptibles de extensión por analogía ni por interpretación extensiva, pues de otro modo, no podría asegurarse la objetividad del Consejo de la Judicatura en la imposición de la sanción, ni la garantía del juez, de no ser penado por una falta no prevista en la ley (*nulla poena sine lege*).

Especial trascendencia tiene en esta materia la disposición del parágrafo segundo del Artículo 42, que obliga a los jueces que conozcan en grado de una causa a hacer al inferior la amonestación, por oficio, en caso de observar las omisiones, retrasos y descuidos a que se refiere el ordinal 7º del mismo Artículo y a enviar al Consejo de la Judicatura copia de la decisión para el expediente del juez, sancionándose a la vez el incumplimiento de este deber por parte de los jueces que conocen en grado de las causas con la respectiva amonestación por el Consejo de la Judicatura.

Se crea así la posibilidad de que dentro del sistema de las instancias los mismos jueces del orden judicial sean los contralores de las omisiones, retrasos y descuidos en la tramitación de los procesos o de cualquier negligencia en los mismos, y estén obligados a imponer la sanción de la amonestación, con gran provecho para la eficaz administración de justicia y para la celeridad procesal.

G) La terminación de la carrera

La terminación de la carrera judicial está contemplada en el Título IV de la ley en dos capítulos. El primero, relativo a las

destituciones, y el segundo, a los retiros, pensiones y jubilaciones. En otras palabras, se regulan en estos dos Capítulos las causas anormales de terminación de la carrera (destitución) y las causas normales que suponen la culminación del funcionario en la carrera, por tiempo de servicio, que justifican su retiro y el derecho a la jubilación.

Las causas de destitución del juez están previstas en el Artículo 44. Ellas expresan en concreto, los casos en que el interés general en la recta y pronta administración de justicia prima sobre el interés particular del juez a permanecer en su cargo, realizándose así el principio dogmático y práctico, a la vez, contenido en la disposición fundamental del Artículo 2º de la ley.

También estas causas de destitución son taxativas y no pueden ampliarse por analogía o por interpretación extensiva. Están constituidas por los casos más graves de faltas o situaciones en las cuales el juez debe ser removido de su cargo conforme a la ley. Algunas de ellas tienen un propósito moralizador y de defensa de la idoneidad y decoro de los tribunales; otras tienen una finalidad sancionadora de la incapacidad, de la ignorancia o de la negligencia inexcusable del juez, que ponen en tela de juicio su imparcialidad, aunque no haya dolo.

En cuanto a los retiros y jubilaciones, se establece que los jueces que hayan cumplido treinta años de servicios podrán optar por su jubilación, y aquellos que hayan cumplido veinticinco años de servicios, siempre que hayan alcanzado los sesenta (60) años de edad.

Se contemplan también los casos en que los jueces lleguen a inhabilitarse en forma permanente. En estos casos, se dispone que cuando esto ocurra después del quinto año de servicio, los jueces tendrán derecho a una pensión de tantos veinticincoavos de sueldo como años de servicio tengan, y pasarán a la situación de retiro. Se garantiza además a los jueces las indemnizaciones de antigüedad y auxilio de censantía que contempla la Ley del Trabajo, cuando cesen en el ejercicio de sus funciones (Arts. 46 y 48).

La títulos restantes de la ley, se dedican al procedimiento disciplinario (que ha pasado a la nueva Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura), a la seguridad social de los jueces, a la escuela de la judicatura y a las disposiciones transitorias.

62. *Los poderes del juez*

Una vez elegido el juez, éste tiene la plenitud del poder jurisdiccional en cuanto no esté confiada a otros órganos alguna materia en especial; por ello se dice que el juez ordinario es el juez de la unidad de la jurisdicción o que ejerce la jurisdicción plena.

Los diversos poderes que ejercita el juez en el proceso, no son más que la individualización o especificación de aquella función y son en cierto modo *"poderes-deberes"*, como les llama la doctrina, porque siendo la jurisdicción una función pública que se ejercita en interés de la colectividad, el Estado no sólo *puede* ejercitarla, sino que también, concurriendo las condiciones, *debe* ejercitarla[23].

Nuestro Código de Procedimiento Civil no contiene un capítulo que sea dedicado a los poderes del juez, y por tanto, a los fines de su enumeración o estudio, es necesario recurrir a diversas disposiciones, esparcidas en el código, y a ciertos criterios de clasificación doctrinaria, que hagan más fácil su exposición.

Una clara distinción puede hacerse de esos poderes: en poderes *jurisdiccionales* propiamente dichos, y poderes *procesales*, según se trate de aquellos que realizan esencialmente la función, o de aquellos meramente instrumentales que tiene el juez en el proceso para conducirlo a su fin[24].

Poderes jurisdiccionales

1) El principal y más importante poder del juez es el de *decisión* de la controversia. La decisión da satisfacción al derecho de acción y acoge o niega la pretensión que se hace valer en la demanda. Esta decisión se refiere al fondo de la causa o, como se dice también, al mérito de la causa (*merita causae*).

El poder de decisión del juez, no es libre o discrecional, sino vinculado. Al momento de dictar su sentencia, el juez se encuentra frente a dos cuestiones fundamentales: la *quaestio iuris*, que se refiere al derecho aplicable, y la *quaestio facti*,

23. Cfr. En este sentido ZANZUCCHI, Marco Tullio, *Diritto Processuale Civile*, Milano, Giufre, 1947. Vol. I, p. 347.
24. Cfr. SATTA, Salvatore, *Diritto Processuale Civile*. PADOVA, 1950, p. 107. CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. de la 5ª Ed. Buenos Aires 1959, Vol. I, p. 294, distingue potestades finales y potestades instrumentales del juez, porque una cosa es que el juez decida la litis y otra que resuelva un incidente.

relativa a la certeza de los hechos. Ambas cuestiones vinculan o limitan el poder de decisión del juez.

A) La primera vinculación que tiene el juez en su poder de decisión, se refiere al derecho. En el régimen de la legalidad o de imperio de la ley, el juez, al decidir la causa debe ajustarse a las disposiciones de derecho.

Ya hemos visto, al tratar de la jurisdicción, que en el proceso de creación de las normas jurídicas individuales, en que consiste en esencia la función jurisdiccional, el juez tiene que basarse en los condicionamientos lógico-imputativos superiores (normas generales) preexistentes, que son los que determinan el contenido material de la norma individual en que consiste la sentencia.

Por tanto, no cumple el juez el deber legal de atenerse al derecho, sea cuando desnaturaliza el sentido de alguna disposición sustantiva, o también dispensándose de aplicarla en casos procedentes, o dejando de observar estrictamente las solemnidades que son fundamento para la defensa de las partes y la validez de los juicios[25].

El Artículo 12 del nuevo código ordena que en sus decisiones el juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad; disposición ésta semejante a la del Art. 113 del código italiano de 1942, que no existía en el código derogado, pero que se encontraba implícita en el sistema, pues en la cúspide del ordenamiento legal está la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil) que conoce del recurso de casación por infracción de ley expresa (Art. 313, 2º).

La obligación del juez de fundar su decisión en el derecho, se refiere, naturalmente, a las fuentes formales del derecho, de tal modo, que no podría fundarse la decisión en la jurisprudencia, porque ésta no es fuente formal de derecho entre nosotros, y sólo tiene, como hemos visto al tratar de las fuentes, una autoridad meramente científica, o de presunción de interpretación de las normas a que se refiere; de allí que los jueces pueden y deben dar en sus decisiones una interpretación de la ley distinta y aun contraria de la tradicional, por

25. Cfr. En este sentido: *Gaceta Forense*, Nº 4, p. 289.

más firme que sea, cuando del estudio del caso, y de la norma, aparezca que esa interpretación no corresponde a su espíritu y a su sana inteligencia[26].

Pero si bien el juez está vinculado al derecho, en cambio, en cuanto al conocimiento del mismo, y a los medios para procurárselo, el juez no tiene limitación alguna, pues el principio *iura novit curia* no significa sólo que el juez conoce el derecho, aunque las partes lo ignoren, sino también, que tiene el poder de servirse de todos los medios de investigación necesarios para procurarse el conocimiento del derecho aplicable a la solución de la controversia.

B) En relación a la *quaestio facti,* el poder de decisión del juez encuentra una vinculación más amplia que para la *quaestio iuris.* Para dictar su fallo, el juez tiene que conocer la certeza de los hechos, porque las consecuencias jurídicas previstas en las normas generales y abstractas, están ligadas a la realización de ciertos hechos. De allí el adagio: *"da mihi factum, dabo tibi ius".*

Pero aquí, para el conocimiento de los hechos, el poder del juez encuentra una triple limitación: 1º) debe atenerse a los hechos que han *alegado* una y otra parte como jurídicamente relevantes *(iudex secundum allegata decidere debet);* 2º) debe servirse, para formar su convicción acerca de la certeza de los hechos, de las *pruebas aportadas por las partes (iudex secundum probata decidere debet),* y 3º) las alegaciones y pruebas de los hechos deben aparecer y constar en los autos *(quod non est in actis non est in mundo).*

Estas limitaciones del poder de decisión del juez en relación a los hechos, están contempladas en el mismo Art. 12 del código, el cual le ordena "atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados".

Es ésta una manifestación del *principio dispositivo,* que domina, como regla general, todo el régimen del proceso, principio que, a su vez, es un reflejo en el campo del proceso, de la autonomía de la voluntad reconocida por la ley a los particulares en orden a sus derechos e intereses privados.

26. Cfr. *Corte Federal y de Casación.* Actuaciones del año 1946 presentadas al Congreso Nacional en 1948, p. 44. Cfr. *Gaceta Forense,* Nº 5, p. 92.

1º) En cuanto a las *alegaciones* de las partes, el juez está vinculado a ellas, en tal forma, que no puede tomar en cuenta sino los hechos y las diversas pretensiones que éstas hacen valer, y le está por tanto prohibido suplir excepciones o argumentos de hecho, resolver cuestiones que no le han sido expresamente sometidas a su consideración y estudio, o alterar el verdadero sentido del problema planteado *(thema decidendum),* ni plantearlo de modo diferente a como lo han hecho los litigantes, lo que en puridad, consistiría en crear nuevas controversias. Debe darse pues, una exacta correspondencia entre los solicitado en la demanda y lo resuelto por el juez en la sentencia[27].

2º) En relación a las pruebas, el juez sólo puede utilizar para formarse su convicción acerca de la certeza de los hechos, aquellas *aportadas por las partes* y *"evacuadas"* en el proceso. No puede el juez sustituir a las partes en la producción o promoción de las pruebas[28] y debe apreciar y valorar íntegramente las evacuadas en el proceso, pues al dejar de apreciar alguna que ha debido estimar, el juez no se atiene a lo alegado y probado en autos.

Por tanto, no puede el juez elegir caprichosamente las pruebas en que ha de fundar su razonamiento y conclusión, porque obligado como está, a atenerse a lo alegado y probado en autos, debe analizar y juzgar cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio, sean inidóneas o inaptas para ofrecer algún elemento de convicción (*infra:* n. 260). Aun en este caso, de pruebas consideradas estériles, ellas no pueden pasarse en silencio, ni ignorarse por el juez, desconociéndose así cuál sea el criterio del sentenciador respecto de ellas, sino que éste debe expresar también el motivo de su determinación[29].

3º) El poder de decisión del juez sobre los hechos, está finalmente vinculado a *lo que consta de autos,* vale decir, a lo alegado y probado en las actas escritas o expediente de la causa, y el juez no puede sacar elementos de convicción fuera de éstos.

27. Cfr. En este sentido: *Gaceta Forense,* Nº 2, pp. 258 a 260 y p. 403.
28. Sólo excepcionalmente, en casos expresamente previstos, el juez tiene la iniciativa probatoria, v. gr., Art. 1.419 C.C., Art. 451, 472, 487 CPC.
29. Cfr. *Gaceta Forense,* Nº 5, p. 242, Id., Nº 1 (2ª etapa), pp. 419 y 506. Id., Nº 2 (2ª etapa), pp. 291, 340, 359, 378, 460 y 482. Id., Nº 17, p. 56 (Art. 509 C.P.C.).

Es ésta una manifestación del principio de escritura, que se adopta en la estructura del proceso civil venezolano, según el cual, se realizan por escrito todos los actos y se va formando así una pieza escrita, llamada *autos* o *expediente*, que documenta los actos y adquiere tal importancia en el régimen del proceso, que se cumple el adagio: *"quod non est in actis, non est in mundo"*[30].

Por tanto, el juez infringe la disposición del Art. 12 del Código de Procedimiento Civil, y saca elementos de convicción de fuera de los autos, cuando admite como verdad comprobada hechos que no constan en el expediente, o bien datos extraños a los autos[31].

C) A las mencionadas vinculaciones que impone al juez el principio dispositivo, hace excepción lo dispuesto en la última parte del primer párrafo del mismo Artículo 12, que permite al juez fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentran comprendidos en la experiencia común, o *"Máximas de Experiencia"*.

Es la doctrina del saber privado del juez, que a partir del famoso libro de Friedrich Stein: *"Das Private Wissen des Richters"* (El conocimiento privado del juez), ha puesto de relieve la trascendencia que tienen en la labor decisoria del juez, las máximas de experiencia[32], que según la concepción de Stein: *"Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos"*[33].

Así también Couture, quien las define como: "Conjunto de conclusiones empíricas fundadas sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y susceptibles de adquirir validez

30. Cfr. ROSENBERG, Leo, *Derecho Procesal Civil*. Trad. esp. de Romero Vera, vol. I, p. 19.
31. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 4, pp. 262 y 362, Id., Nº 7, p. 348.
32. Cfr. *Das Private Wissen des Richters* (Leipzig, 1893). Hay traducción española por Andrés de la Oliva Santos. Universidad de Navarra. Pamplona, 1973, a la cual se refieren las citas del texto.
33. Cfr. STEIN, ob. cit., p. 30.

general para justipreciar las pruebas producidas en un proceso[34].

La Exposición de Motivos del Proyecto de Código (1975), justifica la introducción de esta nueva disposición en el código, "a fin de no colocar al juez de espaldas a la realidad y a los conocimientos que le son dados por la ciencia y por la experiencia, y pueda fundar su decisión en los conocimientos de hechos que se encuentran comprendidos en la experiencia común"[35].

En la definición de las máximas de experiencia se destaca:

a) Son conocimiento o saber privado del juez. Esto es, no le vienen dadas al juez oficialmente, como resultado de las pruebas producidas en el proceso de que conoce el juez, sino adquiridas de cualquier otro modo, ya por su propia experiencia, por la observación de lo que ocurre generalmente en la vida en casos semejantes, o bien si la máxima le ha sido comunicada ya elaborada por peritos u otras personas.

Lo importante en esta diferenciación entre conocimiento privado y conocimiento oficial del juez, está en el *modo* de procurarse el conocimiento: respecto del privado, el juez es completamente libre de procurárselo, ya por propia experiencia, ya acudiendo a la ciencia o a la técnica en cualquiera de sus fuentes, o bien recurriendo a peritos.

Las dudas que han surgido en esta cuestión de la libertad del juez en la utilización del propio saber, tienen su origen, en muchos casos, en la falta de una disposición legal que lo autorice, y en otros, también en la desconfianza en la aptitud y buen sentido de los jueces en determinados países, a tal punto, que no son extrañas en nuestra época las opiniones apegadas todavía al sistema de la teoría legal de la prueba, o pruebas tasadas, que no es sino expresión de esa desconfianza, que quería, a todo trance, "evitar que el hombre hiciera su aparición en el juez[36].

34. Cfr. COUTURE, *Vocabulario Jurídico*. Montevideo. 1960. Voz: *Máximas de Experiencia*. El concepto de las "máximas de experiencia" y su utilidad en la ciencia procesal, ha sido sometido a una profunda crítica por CALOGERO, *La lógica de giudice e il suo controllo in cassazione*, cit. p. 105, Nº 37 y ss, que no es compartida por CALAMANDREI, *Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile*, en Riv.Dirt. Proc. Civ. 1955, p. 168.
35. Cfr. Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil, ob. cit., p. 7.
36. Cfr. STEIN, ob. cit., pp. 135-137.

b) Las máximas de experiencia no son hechos concretos o hechos relevantes para el proceso previstos en hipótesis en una norma general, sino *reglas, juicios hipotéticos*, o *lógicos*, *máximas generales*, extraídas de la experiencia, mas no por ello hechos capaces de configurar la *quaestio facti*. Por eso se les ha denominado también *"premisas mayores fácticas"*[37], en las cuales deben subsumirse los hechos relevantes del proceso, para la construcción o calificación del hecho específico concreto, supuesto en abstracto por la norma general. Por ello afirma Calamandrei, que las máximas de experiencia pueden tener una función importante, tanto en el ámbito de la *"quaestio facti"* (cuestión de hecho) como en el de la *"quaestio iuris"* (cuestión de derecho). De ellas puede servirse el juez en diversos momentos de la génesis de su sentencia: "ellas pueden servirle para valorar los resultados de las pruebas o para interpretar el significado de una declaración de voluntad emitida por las partes, con eficacia restringida al ámbito de la *"quaestio facti"*; o bien pueden ser adoptadas por el juez como medio para interpretar el significado técnico de ciertas expresiones de la ley o para establecer mejor las relaciones que se dan entre la ley y el hecho, y en este caso entran en el ámbito de la *"quaestio iuri"*[38].

Las máximas de experiencia –enseña Calamandrei– se distinguen de las normas de ley en que éstas establecen lo que debe jurídicamente ocurrir, mientras que aquéllas constatan lo que en la vida práctica normalmente ocurre; y recuerda el ejemplo que trae Pollak para distinguir una máxima de experiencia de un juicio de hecho así: Juicio de hecho: "Este anciano camina lentamente". Máxima de experiencia: "Los ancianos caminan lentamente"[39].

En conclusión, las máximas de experiencia no son nunca juicios sensoriales: no corresponden a ningún suceso concreto

37. Cfr. STEIN, ob. cit., p. 23.
38. Cfr. CALAMANDREI, *Massime di esperienza in Cassazione*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1927, II, pp. 126 y ss. Id., *La génesis lógica de la sentencia civil*, en *Estudios sobre El Proceso Civil*, Trad. de Sentis Melendo. Edit. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945, pp. 419 y ss. Cfr. CALOGERO, Guido, *La lógica del giudice e il suo controllo in Cassazione*. Cedam. Padova, 1937, pp. 79, 96, 100, 103 y ss.
39. Cfr. CALAMANDREI, *La génesis lógica*, ob. cit., p. 413. En el mismo sentido, CARNELLI, Lorenzo, *Las máximas de experiencia en el proceso de orden dispositivo*, en *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*, 1946, p. 127.

perceptible por los sentidos. A ellas se llega por induc
partiendo de la experiencia de que en una serie de c
condición y consecuencia, sujeto y predicado del juicio l
se encuentran ligados de una manera determinada. Hay
partir –como dice Stein– de lo que sucede en la mayoría d
hechos concretos, de los "casos comprobados".

c) Por su naturaleza de juicio hipotético o lógico, de re
máxima general a la cual se llega por inducción, partien
la experiencia, la máxima de experiencia no requiere ser
bada. En lo concerniente a la necesidad de la prueba –en
Stein– "lo decisivo es si el juez conoce la máxima o no, si
irrevelante el modo por el cual llegó a su conocimien
Pero si esto es verdad respecto del juez, cabe preguntar
tienen que ser afirmadas por las partes para que puedan
tomadas en consideración por el juez; y la respuesta es
dada en lo que hemos expuesto: las máximas de experie
por sí mismas, no son nunca hechos "relevantes" engen
dores de derecho, ya que no pertenecen a la premisa m
del silogismo judicial, por lo tanto, no son objeto de la c
probatoria que impone la ley a las partes según el princ
"Da mihi factum, dabo tibis ius". Ellas sirven para enju
si los hechos y medios de prueba contienen o no lo qu
partes quieren lograr con ellos; constituyen sólo la me
con la que el juez debe juzgar lo aportado por las partes.
embargo, muy relacionado con esta cuestión está la otr
si afirmada o alegada por una parte la existencia de la m
ma que la favorece, pero no probada, puede ser ignorada
el juez cuando éste no la conoce, o tiene el deber de inv
garla o acudir a la prueba de peritos. La respuesta qu
Stein a esta cuestión enseña: "Ya que el juez tiene un der
de inquisición en todos los sentidos respecto de las máxi
de experiencia, se deduce de ello la fuerte presunción de
también le corresponde en este ámbito la investigació
oficio de la verdad: lo contrario sería incompatible con l
cultad expresamente reconocida de aplicar su propio sa
Y esto concuerda con nuestro derecho positivo (Art
C.P.C.), el cual no sólo faculta al juez para hacer uso d
máximas de experiencia, sino que además, en el encab
miento de dicha norma, les impone el deber de "tener

40. Cfr. STEIN, ob. cit., p. 115.

norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio"[41].

d) Las máximas de experiencia son controlables en Casación. El nuevo código las somete al control de casación en el ordinal 2° del Artículo 313. Es ésta una de las cuestiones que ofrecen mayores dudas en esta materia. La doctrina, a falta de una expresa disposición legal que faculte al juez para aplicar máximas de experiencia en la concepción de la sentencia y en ausencia de una previsión expresa que las contemple como motivo de casación, se ha pronunciado en algunos casos por la tesis más restrictiva, según la cual el control de casación estaría limitado exclusivamente a las violaciones de ley; pero tiende a predominar la doctrina más amplia, que extiende el control de casación a las máximas de experiencia, en cuanto tienen el carácter de juicios *generales* y *abstractos*, más no sobre los juicios de hecho, por ser siempre *especiales* y *concretos*[42].

En este sentido, es ya pacífica la doctrina, según la cual, cuando el error del juez se produce en la regla o máxima de experiencia, a la cual remite la norma contentiva de un concepto indeterminado, la regla de experiencia se integra y se hace parte de la norma misma por la subsunción de la máxima en la norma, del tal modo que la violación de la máxima de experiencia constituye una verdadera y propia violación de la ley. Del mismo modo ocurre en el proceso de aplicación de la norma al hecho concreto. Si el juez subsume en la norma un hecho diverso de aquel previsto en hipótesis por la misma, se produce una falsa aplicación de la ley y por tanto, un error en la conclusión[43].

41. Cfr. STEIN, ob. cit. p. 130. COUTURE, *Fundamentos*, ob. cit., p. 230. DEVIS ECHANDIA, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires, 1970. Tomo I, pp. 171 y ss.
42. Cfr. Son fundamentales para toda esta cuestión: STEIN, ob. cit., pp. 147 y ss. CHIOVENDA, *Principios*. Trad. española Casais Santalo. Madrid 1941. Tomo II, Vol. II, p. 541. IDEM, *Istituzioni*, Vol II, n. 414, pp. 571 y ss. CARNELUTTI, *Limiti del rilievo del'error in iudicando in corte di Cassazione*, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1915, pp. 798 y ss. CALAMANDREI, *Génesis Lógica de la sentencia*, ob. cit., N° 26-27. IDEM, *La Casación Civil*. Trad. esp. Buenos Aires, 1945. Tomo II, Nos 102-103-104 y ss. IDEM *Massime di esperienza in Cassazione*, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1927, II, p. 126. BETTI, *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1924, II, p. 257. CALOGERO, *La lógica del juidice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padova. 1937. ns. 35-37. ANDRIOLI, *Commento*, Vol. II, pp. 504 y ss. PAVANINI, Giovanne. *Massime di esperienza e fatti notori in Corte di Cassazione*, en *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1937, I, pp. 247 y ss.
43. Cfr. CARNELUTTI, ob. cit. pp. 802-803. BETTI, ob. cit. p. 257. CALAMANDREI, *La Casación Civil*, ob. cit. p. 300.

En definitiva, la violación o el mal gobierno de la máxima d
experiencia constituye *un error in iudicando,* que puede se
objeto del control de casación por violación de la ley o po
falsa aplicación de ley, en los siguientes casos:

a) Cuando la máxima de experiencia es utilizada por el jue
para integrar la norma jurídica que contiene un concepto in
determinado. En este caso, el error en la máxima es un erro
de derecho *(violación de la ley),* porque la regla de experien
cia se hace parte de la norma misma; hay una subsunción d
la máxima de experiencia en la norma.

b) Cuando la máxima de experiencia es utilizada por el jue
en la conclusión y yerra en la determinación de los caractere
del hecho específico concreto que subsume en la norma, pro
duciéndose de este modo el error de derecho consistente e
una *falsa aplicación de la ley*. Aquí el error no está en l
premisa menor del silogismo judicial, sino en la conclusión
constituye, por tanto, subsunción del hecho dado en la nor
ma, y el error se define como falsa aplicación de la ley, contro
lable en casación[44].

En cambio, no se admite como motivo válido de casación, l
violación de una máxima de experiencia si el juez ha incurri
do en la violación en la resolución de la cuestión de hecho. S
bien esta hipótesis la admite positivamente Chiovenda, qu
considera la cuestión como de *hecho,* "pero no sustraída a l
censura de Casación"[45], en cambio, la doctrina dominante l
rechaza, considerando que si la regla de experiencia es libre
mente utilizada por el juez en la apreciación de una fuente d
prueba, no puede haber error de derecho, porque se verific
en el campo preciso del establecimiento del hecho, y no en e
de la subsunción del hecho en la norma jurídica[46].

2) Otro poder o facultad muy importante que tiene el juez e
el proceso, es el de *apreciación de los hechos y de las pruebas*

En realidad, este poder del juez es inherente a la decisión
porque, el proceso mental que lo lleva a formarse su convic

44. Cfr. CARNELUTTI, *Limiti*, ob. cit. pp. 803-804. CALAMANDREI, *La Casación Civil*
ob. cit. Tomo II, p. 301. En contra: PAVANINI, ob. cit. pp. 252 y ss.
45. Cfr. CHIOVENDA, *Principios*, ob. cit., Tomo II, p. 541. IDEM, *Istituzioni*, Vol. II
N° 414.
46. Cfr. CARNELUTTI, ob. cit., p. 811. CALAMANDREI, *La Casación Civil*, ob. cit., pp
299 y ss.

ción para decidir, implica la facultad de apreciación de los hechos y de las pruebas aportadas al proceso por las partes. Sin embargo, dada la trascendencia que tiene este poder del juez, en la fase de decisión, hemos considerado conveniente tratarlos separadamente.

La regla general a este respecto es que los *jueces de instancia son libres y soberanos en la apreciación de los hechos y de las pruebas,* a tal punto, que la censura que la Casación ejerce sobre las decisiones de las instancias, no se extiende al establecimiento y apreciación de los hechos por los jueces sentenciadores, sino excepcionalmente, cuando se alega infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba[47].

Como hemos visto antes, la Casación ejerce una censura sobre las decisiones de los jueces de instancia para reivindicar la integridad de la ley cuando ésta es desconocida o quebrantada por aquéllas, pero aquí, tratándose del establecimiento y apreciación de los hechos por los jueces sentenciadores, la Casación no puede extender su jurisdicción sobre el fondo del asunto, porque los jueces tienen plena soberanía para establecer los hechos del juicio[48].

Las aplicaciones prácticas de esta regla, son numerosas y constantes. Se puede decir que ella constituye la regla fundamental que diferencia el instituto de la casación de los demás tribunales de instancia, que ejercen su jurisdicción sobre el fondo del asunto y son soberanos en la apreciación y establecimiento de los hechos.

Así, v. gr., se ha decidido reiteradamente, que corresponde al poder de apreciación de los jueces de instancia, por ser cuestiones de hecho: la apreciación de un instrumento en cuanto a su valor probatorio[49]; determinar si un documento presentado en los autos constituye o no una carta-misiva[50]; la fe que merece la declaración de un testigo[51]; ordenar el juez al absolvente de posiciones juradas, que se abstenga de contestar alguna por considerarla impertinente, o autorizar al absolvente a consultar sus archivos y papeles y concederle térmi-

47. Cfr. Argumento del Art. 320 del CPC.
48. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 3, p. 164.
49. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 1 (2ª etapa), pp. 495 y 496.
50. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 6, pp. 110, 154 y 213.
51. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 5, p. 275.

no para hacerlo[52]; apreciar el estado de paralización de un juicio[53]; la apreciación de los hechos que constituyen las presunciones *hominis,* no establecidas por la ley[54], etc.

Sólo en los casos de *prueba legal,* contemplados en la ley, en los cuales el legislador ha tasado anticipadamente el valor de la prueba, el juez no tiene la soberanía de apreciación que tiene por regla general, y debe atribuir a la prueba el valor legal que el legislador anticipadamente le ha asignado.

3) Finalmente, puede incluirse entre los poderes del juez al momento del pronunciamiento del fallo, la facultad que la ley deja a la *prudencia* del juez, de establecer o admitir las *presunciones hominis,* que son aquellas que no están establecidas por la ley, pero que el juez puede admitir cuando sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la ley admite la prueba testimonial (Art. 1.399 CC). En estos casos, la admisión de la presunción, es de la libre apreciación y prudencia del juez; sin embargo, su fallo sería casable cuando el juez, al establecer la presunción, desconoce los principios que rigen la prueba de presunciones[55].

D) Poderes procesales

1) Es de principio, que el juez tiene el poder de *dirección y gobierno del proceso,* desde que éste se inicia hasta su conclusión final, porque si bien la controversia atañe a relaciones de derecho privado, que las partes hubieran podido disponer libremente, prescindiendo del proceso, ello no significa que el proceso, una vez iniciado, deba considerarse como asunto privado, cuyo destino pueda dejarse librado al mero interés de los litigantes. También en los juicios sobre cuestiones de derecho privado, entra en juego al requerirse la intervención del juez, el interés eminentemente público en la justa y solicita aplicación de la ley al caso concreto.

Por ello, en el nuevo código, paralelamente al principio dispositivo, que tutela el interés privado de los litigantes, se coloca el interés oficial y público en la ordenada administración de

52. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 19 (2ª etapa), p. 36.
53. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 7, p. 261.
54. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 5, p. 381.
55. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 5, p. 425. Id. Nº 4 (2ª etapa) pp. 723.

justicia que se traduce en la idea del fortalecimiento de los poderes del juez para la dirección del proceso (Art. 14 C.P.C.).

Hoy, el principio de que la dirección del proceso está confiada al juez y éste puede adoptar todas las medidas necesarias para evitar que el proceso se paralice y obtener así la mayor celeridad y economía en su desarrollo, está consagrado en los códigos más modernos y se incluye en los proyectos de reforma de las viejas codificaciones procesales que no lo consagraban[56].

En el proceso venezolano, el juez tiene ahora el poder de impulsar oficiosamente la marcha del proceso. Así, v. gr., cuando el proceso se paraliza y las partes dejan de *estar a derecho*, lo que puede ocurrir en variadas hipótesis, el juez tiene el poder de impulsar oficiosamente el procedimiento hacia su fin normal que es la sentencia (Art. 14 C.P.C.).

La doctrina y la jurisprudencia venezolanas venían sosteniendo desde antiguo, el criterio más restringido y más rígido en cuanto al poder del juez en el proceso, y generalmente, sin hacer la distinción entre las facultades del juez relativas al *contenido* de la causa y aquellas otras que se refieren a la marcha o *dirección* del proceso, negaban al juez toda iniciativa oficiosa para asegurar la marcha del juicio hacia su fin, por considerar estos poderes incluidos en la máxima dispositiva *(Ne procedat iudex ex officio)*.

Esta posición tradicional, encontraba apoyo en las disposiciones de los Arts. 11 y 158 del Código de Procedimiento Civil, derogado: Art. 11: "En materia civil el juez no puede proceder sino a instancia de parte, salvo el caso en que la ley lo autorice para obrar de oficio, o cuando, en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar cualquier providencia legal, aunque no la soliciten las partes." Art. 158: "La causa cuyo curso esté en suspenso por cualquier motivo, permanecerá en el mismo estado hasta que algunos de los interesados en ella pida su continuación..."

Nuestro comentarista, Feo, al estudiar la disposición del Art. 14 del Código de Procedimiento Civil de 1897, semejante al citado Art. 11 del código derogado de 1916, explica que en lo

56. Cfr. COUTURE, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. DEPALMA, Buenos Aires, 1945, p. 137. Cfr. REIMUNDIN, *Anteproyecto de Código Procesal Civil*. Salta, Argentina, 1947, p. 49.

civil el debate no versa en general sino sobre intereses puramente privados, que no tienen influencia directa sobre el orden público y la estabilidad social, y sobre los cuales intereses cada cual es dueño de usar de sus derechos como lo crea conveniente, hacerlos valer o renunciarlos, transigir con quien se los disputa o abandonarlos sin defensa; en lo civil, es pues, de la sola incumbencia de las partes, ocurrir al juez y presentar y fijar la materia del litigio, sin que el magistrado pueda inmiscuirse espontáneamente ni extender o limitar el terreno sobre el cual han querido plantear las partes su pleito[57].

Pero bien se comprende, que si tales afirmaciones del maestro Feo, son justas y aplicables para una interpretación del principio o *máxima dispositiva,* en su sentido tradicional, en cambio, tales afirmaciones no son válidas para la correcta interpretación del Art. 14 que comenta Feo, el cual no es otra cosa sino la formulación legislativa del principio tradicional *"nemo iudex sine actore"*, que quiere significar, en esencia, que no se tiene jurisdicción sin acción, porque la acción es una condición para el ejercicio de la jurisdicción[58], y en el juicio civil, es la parte actora y no el juez, la que debe proponer su acción y pedir la tutela jurídica para su pretensión; y esto no significa, necesariamente, la negación del poder de dirección del proceso por el juez, una vez que la acción ha sido ejercitada por la parte y el proceso se encuentra pendiente, en la plenitud de sus efectos.

Asimismo, el maestro Borjas, al comentar el Art. 158 antes referido, considera consecuente al legislador con el principio de que las partes son árbitros del pleito, y de que sin su instancia no debe agitarlo la autoridad, al consagrar en esa disposición el precepto de que, si llega a paralizarse el juicio por cualquier motivo, debe permanecer en ese mismo estado hasta que alguno de los litigantes solicite su continuación, caso en el cual, será necesario citar nuevamente a la otra parte o a su apoderado[59], olvidando así, el maestro Borjas, que la facul-

57. Cfr. FEO, Ramón F., *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Ed. Biblioamericana, Argentina-Venezuela, 1953, tomo I, p. 45. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 5, p. 58. Id., Nº 3 (2ª etapa), p. 353.
58. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., vol. I. p. 101.
59. Cfr. BORJAS, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*, Ed. Biblioamericana, Argentina-Venezuela, Tomo II, p. 90.

tad o poder de ordenar de oficio la prosecución del juicio paralizado, negada al juez en esa disposición legal, es una mera facultad de dirección o impulso del proceso, extraña al contenido propio de la controversia, del cual sí son realmente árbitros las partes, en cuanto es un derecho privado ajeno al Estado.

Como se ve, toda esta problemática que planteaba al intérprete y a la práctica de la justicia, las disposiciones mencionadas del viejo código tenían su raíz, en la falta de ponderación adecuada de los intereses públicos y privados que se manifiestan en el proceso, y en la falta de una precisa delimitación de confines dentro de los cuales puede manifestarse el poder de disposición de los particulares sobre la materia o el interés cuya tutela procuran en el proceso, y de otra parte, los confines en que debe situarse el interés público del Estado en la realización del orden jurídico y en la pronta y eficaz administración de justicia[60]. Esta situación ha sido superada con el Artículo 14 del nuevo código.

2) Otra facultad procesal conferida al juez durante la marcha del proceso es la de *sustanciación* o instrucción, que consiste en tramitar el juicio desde la demanda, oír alternativamente a ambas partes, recibir sus alegaciones de hecho y de derecho, admitir y evacuar las pruebas promovidas o rechazar las que considere ilegales o impertinentes y, en general, poner el juicio en estado de dictar sentencia.

En este período, el juez, antes que un director del proceso, asume más bien el papel de *contralor,* porque su función consiste propiamente en velar por que las actuaciones procesales se realicen en las condiciones de lugar y de tiempo previamente establecidas en la ley y con observancia de los demás requisitos y formas que aseguran su eficacia en el proceso. De allí que en nuestro proceso escrito, ninguna actuación puede realizarse sin el contralor del juez, a quien se dirigen los escritos y diligencias de las partes, debiendo el juez dictar la providencia de mero trámite para asegurar a la parte solici-

60. Cfr. RENGEL-ROMBERG, *El Rol del Juez en la dirección del proceso civil venezolano,* en Ponencias venezolanas para el IV Congreso Internacional de Derecho Comparado de Hamburgo, 1962. Facultad de Derecho, Instituto de Derecho Privado, Caracas, 1962. Reproducido en *Revista del Ministerio de Justicia,* 1962, Nº 40, p. 70.

tante la ventaja procesal que busca con la realización del co
rrespondiente acto de procedimiento.

3) La facultad de llamar a las partes a *conciliación* es un
de los poderes dejado por la ley al arbitrio del juez de la pri
mera instancia, en cualquier estado del juicio (Art. 25
C.P.C.). Esta facultad solamente la puede ejercer el juez e
aquellas materias en las cuales no estén prohibidas las tran
saciones (Art. 258); sin embargo, en ningún caso, la falta d
llamada a la conciliación es causa de paralización del proce
so, ni de nulidad o reposición de la causa.

4) Finalmente, una vez terminados los informes, y antes de
fallo dentro del lapso de quince días, el juez tiene la facultad
dejada a su arbitrio por la ley, de dictar *auto para mejor pro
veer,* por el cual el juez puede acordar la comparecencia de cual
quiera de los litigantes para interrogarle sobre algún punto d
hecho importante que aparezca dudoso u obscuro; la presenta
ción de algún documento de cuya existencia haya algún dato e
el proceso y que se juzgue necesario; que se practique inspec
ción judicial en alguna localidad y se forme un croquis sobre lo
puntos que se determinen; que se practique alguna experticia
sobre los puntos que determine el tribunal o se amplíe o s
aclare la que existiere en autos (Art. 514 C.P.C.)[61].

Esta facultad del juez *para mejor proveer,* ha sido instituid
con el único fin de que el magistrado pueda completar s
ilustración y conocimiento sobre los hechos, como anteceden
te necesario de su sentencia, permitiéndosele despejar cual
quier duda o insuficiencia que le impida formarse una clar
convicción de los hechos de la causa, y no debe interpretars
como excluyente de la actividad de las partes o derogatori
del *principio dispositivo,* en cuanto a la aportación del materia
de conocimiento, pues son las partes, en principio, las interesa
das y las gravadas con la carga de las alegaciones y prueba d
los hechos fundamentales de la demanda o de la excepción[62]
como se ve claramente de la disposición del Art. 51

61. Las medidas para mejor proveer han sido objeto de un estudio magistral p
SENTIS MELENDO, en su obra *Teoría y Práctica del Proceso Civil,* Tomo II
p. 211. También COUTURE, *Teoría de las diligencias para mejor proveer,* Mont
video, 1932.
62. En este sentido COUTURE, ob. cit., para quien las diligencias para mejor pr
veer no pueden suplir la negligencia de las partes. También ALSINA, *Tratad*
cit. Vol. I, p. 192

del Código de Procedimiento Civil, que consagra la facultad de dictar autos para mejor proveer, que en todos los casos hace referencia a *hechos del proceso* que aparezcan obscuros, o instrumentos de cuya existencia *haya algún dato en el proceso,* o de experticia para aclarar o ampliar *la que existiere en autos.*

Además de la facultad que tiene el juez en la materia probatoria *para mejor proveer,* existen en el proceso venezolano otros poderes concretos del juez que le permiten intervenir, bien sea en la iniciativa de la prueba, o bien en su ejecución: como deferir el juramento de oficio, al demandante, en los juicios sobre obligaciones civiles, procedentes de hecho ilícito, culpa o dolo (Art. 428 C.P.C. y 1419 C.C.); modificar la fórmula del juramento cuando la parte a quien se refiere la objetare (Art. 421 C.P.C.); promover de oficio la prueba de experticia (Art. 451 C.P.C.), la de inspección judicial (Art. 472 C.P.C.), hacer al testigo las preguntas que crea convenientes para ilustrar su propio juicio (Art. 487 C.P.C.), etc.

5) Finalmente, el juez tiene poderes en orden al cumplimiento de las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, y en cumplimiento de este poder puede hacer uso de la fuerza pública, si fuere necesario. Para el mejor cumplimiento de estas funciones, las demás autoridades de la República deben prestar a los jueces toda la colaboración que éstos requieran (Art. 21 C.P.C.).

Más específicamente, el juez tiene el poder de *ejecución* del fallo, que como se ha visto (*supra:* n. 14 g.) forma parte del *"officium iudicis",* y corresponde conforme a lo dispuesto en el Artículo 523 C.P.C., al mismo juez que conoció de la causa en primera instancia, facultad ésta que envuelve en sí todo el proceso de ejecución o expropiación forzosa, desde el embargo de los bienes hasta la venta y subasta de los mismos.

E) Otras facultades *disciplinarias* tiene el juez en el curso del juicio, que comprenden sanciones, tales como arrestos y multas que puede imponer a las partes por sus faltas y excesos en agravio de los jueces o de las otras partes litigantes; a los particulares que falten al respeto y orden debidos en los actos judiciales, y a los funcionarios y empleados judiciales por las faltas en el desempeño de sus cargos o empleos (Art. 116, L.O.P.J.).

63. *Las modernas orientaciones*

El problema de los poderes del juez en el Proceso Civil, es ur de los más debatidos en la doctrina moderna y en las refo mas procesales de nuestro tiempo.

Se aspira a modelar un juez que realice plenamente en proceso, el papel que la doctrina moderna asigna al Estado e el desarrollo de la función jurisdiccional, pero se desea, propio tiempo, que las garantías de libertad, de justicia y c igualdad que son patrimonio del hombre contemporáneo, r resulten aniquiladas en ese nuevo organismo procesal que quiere construir.

Especialmente delicada se presenta la cuestión cuando enfoca desde el punto de vista de la iniciativa probatoria qu debe tener el juez en el proceso civil, porque el aspecto del r del juez en la dirección del proceso, parece haber alcanzac ya una cierta coincidencia de pareceres en la doctrina.

En la IV Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal, cel brada en Caracas, entre el 27 de marzo y el 3 de abril de 196 el tema de la iniciativa probatoria del juez en el proceso civ fue planteado en la magistral Ponencia de Santiago Sent Melendo, que abordó la cuestión en toda su complejidad trascendencia.

La ponencia provocó un interesante debate, con intervenció de los procesalistas Vélez Mariconde (Argentina), Cappellet (Italia), Liebman (Italia), Silva Vallejos (Perú), Alcalá-Zam ra (España-México), Amaral Santos (Brasil), Clariá Olmec (Argentina), Arrieta Gallegos (El Salvador), Véscovi (Ur guay) y Pereira Anabalón (Chile).

Se adoptaron las siguientes conclusiones, que fueron cons gradas en el nuevo código: "1. El juez civil debe disponer amplias facultades para ordenar de oficio y en cualquier in tancia las pruebas que considere necesarias con el fin de ver ficar las afirmaciones controvertidas de las partes, siemp que hayan sido mencionadas por éstas o que aparezcan rel cionadas en otras pruebas. 2. Los jueces formarán libreme te su convicción examinando las pruebas realizadas con arr glo a normas de sana crítica, sin que esto impida que la l establezca ciertas solemnidades para la válida constitució de determinadas relaciones jurídicas."

Es claro, pues, que la orientación moderna tiende a superar el esquema tradicional del *juez espectador*, pero sin caer en el extremo del *juez dictador*, propugnándose la figura del *juez director*. Porque como dice Couture "según un aforismo clásico, los jueces sin autoridad, son fantoches en manos de las partes. Pero en un sentido opuesto, no es menos cierto que los jueces con excesiva autoridad son déspotas de la justicia"[63].

63. Para toda cuestión, véase: COUTURE, *La justicia inglesa. Estudios*. I, p. 152. SENTIS MELENDO, *La ética del juez en el proceso*, en Teoría y Práctica del Proceso, Vol. II, 59. IDEM, *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil* (Ponencia presentada a la IV Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal, celebrada en Caracas entre el 27 de marzo y el 3 de abril de 1967). Cfr. igualmente las comunicaciones presentadas a la IV Jornada por: ZEBALLOS, Juan Pedro, *La iniciativa probatoria del juez civil*. MONTI, Luis Bautista, *Iniciativa probatoria del juez en el proceso civil*. VALDEZ SANCHEZ, Clemente. *La iniciativa probatoria del juez Civil en el derecho mexicano*. ARRIETA GALLEGOS, Francisco, *La iniciativa probatoria del juez Civil*. ARLAS, José A., *La iniciativa probatoria del juez Civil*. DEVIS ECHANDIA, Hernando, *La iniciativa probatoria del juez en el proceso civil contemporáneo*. RODRIGUEZ U., José, *La iniciativa probatoria del juez en el proceso civil venezolano*. Cfr. IV Jornada Latinoamericana de Derecho Procesal. Caracas-Valencia, 1967, Informe final, p. 11. Cfr. CAPPELLETTI, *Iniziative probatorie del giudice e basi pregiuridiche della struttura del processo*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1967, pp. 407-428.

CAPITULO II

LA COMPETENCIA DEL JUEZ

SUMARIO

64. *Noción de la competencia*

Al dar la definición del juez, hemos visto que él ejerce la
ción jurisdiccional en la medida de la esfera de podere
atribuciones asignada previamente por la Constitución y
leyes a los tribunales de la República.

La medida de la jurisdicción que puede ejercer cada jue
concreto, se llama su competencia[1].

Algunos autores, al definir la competencia, no lo hacen part
do de su consideración como límite de la jurisdicción, sino d
noción de capacidad, y distinguen en el juez, una *capaci*
general para ejercer la función, determinada por los requis
establecidos en la ley para ser investido de la jurisdicción y
capacidad especial que puede distinguirse a su vez en *objet*
determinada por las normas sobre la competencia, y *subjet*
determinada por las condiciones personales del juez en r
ción al objeto de la causa o a los sujetos que en ella intervie
(normas sobre recusación e inhibiciones del juez)[2].

Nosotros preferimos seguir el criterio de sistematización
considera la competencia como una medida de la jurisdic
y no como la capacidad del juez para ejercer dicha func
porque la facultad de este funcionario de ejercer válidame
en concreto la función jurisdiccional, depende no de su a
tud personal, sino de la esfera de poderes y atribuciones
objetivamente asigna la ley al tribunal, y en este sentido
rece más propio hablar de límites de la función y no de cap
dad del juez para ejercerla.

1. Cfr. CHIOVENDA, *Principios*, cit. Vol. I, pp. 463 y 621. CARNELUTTI, *Sistema*,
Nº 230. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., Vol. II, p. 83. MICHELI, *Corso di D*
Processuale Civile. Milano. Guiffre. 1959. Vol. I, p. 114. PODETTI, Ramiro, *T*
do de la competencia. EDIAR, Buenos Aires, 1954, p. 289.
2. Cfr. En este sentido ZANZUCCHI, Marco Tulio, *Diritto Processuale Civile*. Mi
Giuffre, 1947, Vol. I, pp. 197, 233 y 287.

Como la jurisdicción que corresponde al Estado no puede ejercerse mediante un solo tribunal o un solo juez, y la experiencia nos enseña que son necesarios cientos de tribunales y jueces para asegurar a los ciudadanos la justicia que garantiza la Constitución, se impone una división o reparto de este trabajo entre los numerosos tribunales y jueces de la República.

Los criterios usados por el nuevo Código para hacer este reparto o división del trabajo entre los jueces, son: la materia, el valor de la demanda y el territorio, a que se refieren la Sección I y Sección II del TITULO I del Libro Primero del Código (Arts. 28-47).

Se abandonó la vieja concepción del código derogado que consideraba a la conexión o continencia de la causa como títulos determinativos de la competencia. Ahora, la conexión y la continencia se tratan separadamente en la Sección III como causas modificadoras de la competencia (*infra:* n. 91) siguiendo la doctrina dominante, según la cual, la conexión y la continencia no son verdaderos títulos de competencia, sino más bien causas modificadoras de la competencia ordinaria, que producen el desplazamiento de la competencia de un juez en beneficio de otro.

Por tanto, al momento de proponer la demanda, no basta que el demandante se dirija a uno cualquiera de los cientos de jueces que existen en la organización judicial, sino que debe examinar previamente si conforme a los criterios fijados por la ley para determinar la competencia, el juez a quien dirige su demanda es el llamado a conocer de ella por corresponder el asunto a la esfera de poderes y atribuciones dentro de la cual puede ejercer en concreto la función jurisdiccional.

La competencia puede definirse así, legalmente, como *la medida de la jurisdicción que ejerce en concreto el juez en razón de la materia, del valor de la demanda y del territorio*[3].

65. *Incompetencia y falta de jurisdicción*

Los límites de la jurisdicción del juez, que le imponen las reglas de la competencia, están destinados a operar, exclusivamente, entre los diversos órganos del Poder Judicial de la

3. Conforme al Art. 1º del Código, los jueces tienen la obligación de administrar justicia... "en la medida en que las leyes determinen su competencia para conocer del respectivo asunto".

República, que es a quien corresponde en la división del Po
der Público, el ejercicio de la función jurisdiccional, y opera
esos límites, en sentido positivo, de atribución de cierta esfe
ra de poderes y deberes que idealmente están comprendido
en la función genérica de administrar justicia (jurisdicción
Por tanto, cada vez que se propone la demanda ante un juez
quien no le corresponde conocerla según las reglas de la com
petencia, se dice que dicho juez es *incompetente*.

La incompetencia es una determinación de signo negativ
que excluye al juez del conocimiento de la causa, pero al pr
pio tiempo positivo, porque determina cuál es el competent
por estar comprendido el asunto en la esfera de sus poderes
atribuciones legales. Así, al declararse la incompetencia d
juez para conocer de la causa, se declara también cuál es
competente para ello entre los demás órganos del Poder Jud
cial. El juez incompetente, tiene jurisdicción, pues al ser el
gido juez, queda investido del poder orgánico de administra
justicia, y sólo le falta la competencia, en cuanto el asun
concreto sometido a su conocimiento, no está comprendido e
la esfera de poderes y atribuciones que positivamente le asi
nan las reglas de la competencia.

En cambio, hay *falta de jurisdicción,* cuando el asunto somet
do a la consideración del juez, no corresponde en absoluto a
esfera de poderes y deberes que idealmente están comprend
dos en la función genérica de administrar justicia, atribuida
los órganos del Poder Judicial, sino a la esfera de atribucione
que asignan la Constitución y las leyes a otros órganos del P
der Público, como son los órganos administrativos o los órgan
legislativos. En estos casos, no solamente el juez ante el cual
ha propuesto la demanda, no puede conocer de ella, sino q
ningún juez u órgano del Poder Judicial tiene poder para hace
lo, y se dice entonces que hay falta de jurisdicción.

Tal sería el caso, v. gr., de la demanda en que se hace oposici
al registro de una marca de fábrica comprendida en las prohib
ciones de los Arts. 33, 34 y 35 de la Ley de Propiedad Industria
y se pide al juez niegue el registro de la marca. Al juez le fal
jurisdicción en el asunto, por estar atribuida la facultad de c
nocer de tales oposiciones al Registrador de la Propiedad I
dustrial, que es un órgano de la administración[4].

4. Cfr. Art. 80 *Ley de Propiedad Industrial* (1955).

O el caso en que se le pide al juez del Trabajo la calificación del despido de un trabajador amparado por el fuero sindical, pues tal facultad está atribuida por la Ley del Trabajo a un órgano administrativo, que es el Inspector del Trabajo[5].

En estos supuestos, y en otros semejantes, el juez no puede conocer del asunto, no por falta de competencia, porque ningún otro juez del orden judicial la tiene, sino por falta de jurisdicción, por corresponder el asunto a la esfera de atribuciones de un poder distinto del Poder Judicial.

Una situación semejante se presenta, cuando el juez ante el cual se propone la demanda no puede conocer de ella, por corresponder la jurisdicción sobre el asunto a un juez extranjero.

Aquí, no se trata ya de averiguar cuál de los jueces pertenecientes al ordenamiento nacional sea el competente para conocer y decidir la causa, sino de establecer si el poder de decidir corresponde, en el caso, al juez nacional o al juez extranjero.

Se trata, pues, de un problema de falta de jurisdicción y no de incompetencia, sin que obste a ello la circunstancia de que en el lenguaje del derecho procesal civil internacional y de los tratados internacionales, se use también en estos casos la palabra competencia, o competencia jurisdiccional, para significar lo que en esencia es un problema de jurisdicción[6].

Resumiendo, se puede afirmar que estamos en presencia de problemas de *jurisdicción,* cuando se discute sobre los límites de los poderes de los jueces en contraposición con los órganos de la administración pública; y cuando se discute de los límites de los poderes del juez venezolano frente a un juez extranjero. Y estamos en presencia de problemas de *competencia,* cuando se discute sobre los límites de los poderes de los jueces venezolanos entre sí[7].

5. Cfr. Art. 198 *Ley del Trabajo.*
6. El Código emplea correctamente la palabra jurisdicción en el Art. 851 cuando exige para que una sentencia extranjera pueda tener fuerza ejecutoria en Venezuela, "que no se haya arrebatado a Venezuela la *jurisdicción* que le correspondiere para conocer del negocio, según los principios generales de la competencia procesal internacional previstos en este código".
7. Cfr. Para toda esta problemática: CALAMANDREI, *Istituzioni,* cit., Vol. II, pp. 52 y ss. Sin embargo, la doctrina italiana incluye entre las cuestiones de jurisdicción, aquellas surgidas entre los jueces ordinarios y los especiales, y viceversa, y también la surgida entre jueces especiales exclusivamente, posición que no compartimos nosotros.

La precisión de estos conceptos tiene importancia, porque como veremos más adelante, el nuevo código introduce una nueva Sección V que trata de la falta de jurisdicción, de la incompetencia y de la litispendencia (Arts. 59-61) y una Sección VI que trata de la regulación de la jurisdicción y de la competencia (Arts. 62-76) con la cual el nuevo código intenta superar los inconvenientes y demoras que provocaban bajo el código derogado las excepciones dilatorias de incompetencia y las cuestiones de competencia entre jueces[8].

66. *Caracteres de la competencia*

a) La competencia se caracteriza, en general, por su inderogabilidad convencional, salvo en aquellos casos establecidos por el Código y las leyes especiales. Este principio ha sido consagrado en el Artículo 5 del nuevo Código, así: "La competencia no puede derogarse por convenio de las partes, sino en los casos establecidos en este Código y en las leyes especiales."

Tradicionalmente se consideraba como inderogables o improrrogables a la competencia por la *materia* y por el *valor* de la demanda y sujeta a derogación convencional *(pactum de foro prorrogando)* la competencia *territorial.* Era la llamada competencia *absoluta* o de *orden público,* respecto de la cual los límites de la jurisdicción del juez estaban preordenados a ciertos fines de orden público, con prescindencia de toda consideración de conveniencia o utilidad de las partes; y la competencia *prorrogable, relativa* o *dispositiva,* en la cual los límites de la jurisdicción del juez se fijaban en atención a la utilidad de las partes, para facilitar a éstas el acceso a los tribunales más próximos a su domicilio, donde puedan fácilmente ser aportadas las pruebas de los hechos. En este sistema tradicional, se establecía un paralelismo entre la facultad de las partes y el poder del juez, en el sentido de que a la incompetencia relevable de oficio por el juez correspondía la competencia inderogable por las partes[9].

La evolución doctrinal y positiva en esta materia, alteró aquel paralelismo indicado, que concluyó en la distinción de tres tipos de incompetencia: la relevable de oficio por el juez en todo estado y grado del juicio (materia y funcionalmente

8. Cfr. Exposición de Motivos, cit., p. 10.
9. Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni,* cit. Vol. II, Nº 174. ANDRIOLI, *Commento,* cit. Vol. I p. 41. CALAMANDREI, *Istituzioni,* cit. Vol. II, p. 123.

territorial); relevable de oficio por el juez en cualquier momento del juicio en primera instancia (valor), y la relevable solamente por las partes en el primer acto defensivo (territorial ordinaria).

b) Siguiendo esta doctrina, consagrada en el Código de Procedimiento Civil italiano de 1940, el nuevo código venezolano estableció en el Artículo 60, la triple distinción entre la incompetencia por la *materia* y por el *territorio* en los casos previstos en la última parte del Artículo 47, declarable aun de oficio en cualquier estado e instancia del proceso; la incompetencia por el *valor,* declarable aun de oficio, en cualquier momento del juicio en primera instancia, y la incompetencia *territorial* ordinaria, que sólo puede oponerse como cuestión previa, como se indica en el Artículo 346.

En esta forma, como explica la Relación Grandi, la incompetencia por el *valor,* se ha acercado, en lo que se refiere a las impugnaciones, a la incompetencia territorial, en el sentido de que si la incompetencia por el valor no fue opuesta por las partes ni declarada de oficio por el juez durante el juicio en primera instancia, la sentencia de primer grado no puede ya impugnarse por ese motivo[10]. Y la incompetencia *territorial* relativa a las causas en que debe intervenir el Ministerio Público (Art. 47 *in fine*), se asimila a la incompetencia absoluta e improrrogable por la materia, que puede ser declarada aun de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso. Se tiene así, que para la incompetencia *territorial ordinaria,* el término de preclusión es el lapso fijado para oponerla como cuestión previa (Art. 346 C.P.C.); y para la incompetencia por el *valor,* la preclusión de su alegación se consuma con el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia.

Los casos de competencia territorial no derogable, por la intervención que debe tener el Ministerio Público, se indican en el Artículo 131 C.P.C., así:

1º. En las causas que él mismo habría podido promover.

2º. En las causas de divorcio y en las de separación de cuerpos contenciosas.

3º. En las causas relativas a la rectificación de los actos del estado civil y a la filiación.

10. Cfr. PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia* cit., año 1989, Nº 2, p. 85.

4º. En la tacha de instrumentos.

5º. En los demás casos previstos en la ley.

La doctrina italiana enseña que la inderogabilidad de la com-petencia territorial en estos casos, se justifica porque el Mini-terio Público está dotado en ellos, de ciertos poderes inquisit-rios, que no podrían ser eficazmente ejercidos sino en aquel determinada circunscripción territorial, como se ve claramen en los casos de nulidad del matrimonio y de divorcio, en l cuales el fuero competente es el del domicilio conyugal[11].

c) La incompetencia territorial se considera no opuesta, no se indica el juez que la parte considera competente, y un vez indicado, si la parte contraria se adhiere a esa indicació la competencia del juez queda firme, y se pasan los autos juez competente ante el cual continuará el procedimiento el quinto día después de recibidos los autos.

d) Dos formas de hacer la prórroga de la competencia ter-torial, están previstas en los artículos 46 y 47 del Código Procedimiento Civil; según la primera, cuando el obliga haya renunciado su domicilio, podrá demandársele donde le encuentre, y según el Art. 47, en el caso de haberse elegi domicilio, la demanda podrá proponerse ante la autorid judicial del lugar que se haya elegido como domicilio.

Pero existen otras formas de hacer la prórroga: por *sumisi* *expresa,* cuando opuesta la incompetencia territorial cor cuestión previa, la otra parte se adhiere a la competenc indicada por el demandado (Art. 60 *in fine*) y por *sumisi* *tácita,* cuando el demandado no hace valer la incompetenc territorial dentro del lapso fijado para la contestación de demanda (Art. 346), caso en el cual el proceso sigue su cur sin que pueda hacerse valer después la incompetencia por parte, ni de oficio por el juez.

e) También incluye la doctrina entre la competencia *absol* *ta* o de *orden público* a la competencia *funcional,* que si bi no es uno de los criterios tradicionales de reparto de la co petencia entre los jueces, ella se deduce del sistema de l instancias o grados de jurisdicción que establece la Ley Org nica del Poder Judicial y en ciertos casos indicados en

11. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni,* cit. pp. 129-130.

propio Código de Procedimiento como el de la competencia territorial no derogable. De esta repartición entre diversos jueces, llamados a conocer sucesivamente en diversos grados, de un mismo asunto, se deduce la llamada *competencia funcional* o por *grados de jurisdicción*, en virtud de la cual, corresponde a los jueces superiores, conocer en alzada o apelación de las causas iniciadas ante los jueces inferiores o de primer grado. Pues bien, esta competencia funcional es inderogable, o absoluta, porque las partes no pueden alterar las instancias o grados de jurisdicción que se han establecido en interés público del buen desarrollo y organización de la administración de justicia[12].

f) La competencia es un *presupuesto de la sentencia de mérito*. La doctrina tradicional la considera como un presupuesto del proceso (presupuesto procesal). Esto es, un requisito sin el cual el proceso carece de existencia jurídica o de validez formal. Para nosotros, en nuestro sistema, la falta de competencia impide al juez entrar a examinar el mérito de la causa, de tal modo que este requisito ha sido calificado por algunos autores como requisito o presupuesto del examen del mérito de la causa[13].

Se debe a Oscar von Bülow, el haber puesto de relieve la categoría de requisitos del proceso, que afectan a la relación procesal, entre los cuales incluyó Bülow la competencia, la capacidad procesal de las partes, la legitimación de sus representantes, etc.[14].

Por tanto, el proceso que se desarrolla ante un juez incompetente, es un proceso que no puede ser decidido en su mérito, por falta del presupuesto de la sentencia y si la incompetencia es por la materia, por el valor de la demanda o territorial

12. En este sentido: CHIOVENDA, *Principios*, cit. Vol. I. p. 625 y CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., Vol. II, p. 87.
13. Cfr. CHIOVENDA, *Principios*, cit. Vol. I, p. 130. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., Vol. I, p. 118. COUTURE, *Fundamentos*, 3ª. Ed. p. 107.
14. Cfr. BÜLOW, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. de Rosas Lichtschein. Ejea. Buenos Aires, 1964, p. 5. El concepto de presupuestos procesales ha sido muy estudiado con posterioridad a Bülow, y se ha revelado muy fecundo en la ciencia procesal, a tal punto que autores como GOLDSCHMIDT, que no comparten la teoría del proceso como relación jurídica, se vale sin embargo de este concepto en su sistema, basado en la teoría de la situación jurídica. Un amplio estudio del estado doctrinal de la cuestión ha sido realizado por SPIEZIA, Vicenzo, en *Nuovo Digesto italiano*. Vol. X, p. 344.

no derogable, la falta puede ser declarada de oficio por el trib
nal o a petición de la parte; en caso contrario, sólo a solicitud
parte puede declararse la incompetencia relativa, mediante
correspondiente alegación de la cuestión previa.

De lo dicho se sigue, que el juez incompetente para decidir
fondo de la controversia, tiene sin embargo competencia a l
solos limitados efectos de declarar su propia incompetenci

Es lo que la doctrina llama "competencia sobre la compete
cia", o "proceso sobre el proceso", lo que revela más clarame
te, que el presupuesto de la competencia, no es propiamen
un requisito de existencia del proceso, sino más bien un pr
supuesto de la providencia sobre el mérito[15].

g) La competencia es *indelegable* por los jueces. Siendo
jurisdicción una función propia del Estado, y un atributo
la soberanía, su ejercicio está definido por la Constitución
las leyes, a las cuales deben sujetarse los jueces. Hoy no
admiten las antiguas delegaciones de funciones que se ha
an en Roma y en el derecho español de las Partidas, en func
narios llamados "delegados" o en señores feudales, que eje
cían la jurisdicción por delegación en sus territorios.

Los jueces sólo pueden *comisionar* a otros jueces de inferio
igual categoría a la suya para la práctica de determinadas di
gencias de *sustanciación* o de *ejecución*, pero en este caso, no
trata de una delegación de la función, ni el juez comisiona
actúa por delegación del comitente, pues ejerce su propia co
petencia para el asunto, consagrada expresamente en la l
procesal y tiene la obligación de cumplir estrictamente la com
sión, sin diferirla por ningún pretexto (Art. 238 C.P.C.).

67. *Momento determinante de la competencia*

Con frecuencia se plantea en la práctica del proceso la cue
tión de averiguar cuál es el momento determinante de la co
petencia, si aquel en que se inicia el proceso o bien el mome
to en que se decide el mérito de la causa. La cuestión adquie
relevancia práctica, porque es posible que las circunstanci
que determinan la competencia (valor, domicilio, etc.) ex
tentes al momento de proponerse la demanda, no existan y
hayan variado, al momento del pronunciamiento del fallo. E

15. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. I, p. 180.

efecto, el valor de la cosa objeto de la demanda, puede variar, aumentando o disminuyendo para el momento de la sentencia. Del mismo modo, el domicilio del demandando, determinante de la competencia territorial al momento de la demanda, puede haber cambiado al momento de la sentencia. Por tanto, es necesario dar respuesta a la interrogante de si es al momento de la demanda o al de la sentencia al que debemos referirnos para determinar si subsiste el elemento del cual depende la competencia del juez.

En nuestro sistema positivo no existía una disposición tan clara como la del Art. 10 del Código de Procedimiento Civil italiano, según la cual el valor de la causa, a los fines de la competencia, se determina por la demanda. Sin embargo, de las disposiciones de los Arts. 66, 67 y 68 del código de 1916 que al tratar de la competencia por el valor, se referían siempre al valor de la demanda, se podía sostener que en nuestro sistema estaba implícito el principio de que la competencia se determina, en general, por las circunstancias existentes al momento de la demanda.

El nuevo código ha establecido en forma expresa en las disposiciones fundamentales del Título Preliminar, la regla que antes estaba implícita y dispone en el Artículo 3: "La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respeto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa."

La jurisprudencia de casación ha venido sosteniendo, desde antiguo, la máxima de que el cambio de domicilio hecho posteriormente y por la sola voluntad del demandado, ninguna influencia puede ejercer en menoscabo de la jurisdicción (*rectius:* competencia) del juzgado que ya estaba conociendo de la causa[16].

Este principio jurisprudencial puede considerarse pacífico en el foro venezolano, y de un fundamento doctrinal y jurídico inobjetable.

De las consideraciones anteriores y del nuevo Artículo 3 C.P.C. se sigue que está vigente en el derecho venezolano el

16. Cfr. Corte Federal y de Casación. Memoria Año 1916, p. 120. M-1935. p. 77.

famoso principio de la "perpetuatio jurisdictionis", tan elab
rado por la doctrina a partir de la ya clásica nota de Chiove
da, según el cual, la competencia del juez después de inicia
la causa, queda insensible a cualquier cambio sobrevenido
las circunstancias que la habían determinado (Per citati
nem perpetuatur iurisdictio)[17].

Aclarando el alcance de este principio, se enseña que:

a) Los cambios sucesivos a la demanda, que la ley conside
irrevelantes, son solamente los cambios en la *situación*
hecho narrada en la demanda. El principio no se refiere a l
cambios de *derecho* que puedan sobrevenir en el curso d
proceso, que den una calificación jurídica distinta a la rel
ción controvertida o que modifiquen la distribución de
competencia.

b) El principio de que la jurisdicción y la competencia
determinan por la demanda, no significa que las afirmac
nes de hecho contenidas en la demanda son incontestabl
sino que en caso de ser objetadas por la contraparte, el ju
al decidir sobre la competencia, debe basarse en la situaci
de hecho realmente existente al momento de la demanda

c) El principio de la "perpetuatio iurisdictionis" no signifi
que la competencia no pueda modificarse en el curso del pr
ceso (incompetencia sobrevenida) por efectos de las excepc
nes del demandado o de la reconvención, que justifican
desplazamiento de la competencia basado en la conexión

17. Cfr. CHIOVENDA, Sobre la "perpetuatio iurisdictionis", en *Ensayos*, cit., Vol
pp. 3 y ss.
18. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., Vol. II, p. 59. Para la interpretación d
regla de que la competencia se determina por la demanda, véanse las int
santes observaciones de ATTARDI, Aldo, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1
II, p. 50. La aplicación de la regla en el Derecho Procesal Civil Internacio
cuenta con una nota magistral de MORELLI, *Il momento decisivo per la deter
nazione della competenza giurisdizionale*, en *Rivista di Diritto Process
Civile*, 1934, II, p. 170.

CAPITULO III

DETERMINACION DE LA COMPETENCIA POR LA MATERIA Y POR EL VALOR

SUMARIO

68. *La competencia por la materia*

En la determinación de la competencia por la materia se atiende a la naturaleza de la relación jurídica objeto de la controversia, y sólo en consideración a ella se distribuye el conocimiento de las causas entre diversos jueces.

Como el juez ordinario civil tiene idealmente, en potencia, facultad para decidir todas las causas (entendido aquí el terminó *civil* en su sentido más amplio, como contrapuesto a *penal*), la atribución de ciertas clases de relaciones jurídicas al conocimiento de determinado tipo de jueces, origina, como hemos visto, las jurisdicciones especiales, y por tanto la distinción de los jueces en ordinarios y especiales.

La determinación de la competencia por la materia da lugar, pues, a la distribución de las causas entre jueces de diferentes tipos.

El artículo 28 C.P.C. establece que la competencia por la materia, se determina por la naturaleza de la cuestión que se discute y por las disposiciones legales que la regulan[1].

Así, v. gr., en materia de tránsito terrestre, de inquilinato, de hacienda, de impuesto sobre la renta, de menores, etc., las respectivas leyes que regulan estas materias: la Ley de Tránsito Terrestre, la Ley de Regulación de Alquileres, la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, la Ley de Impuesto

1. Cfr. PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia*, cit. Año 1989, Nº 5, p. 97.

sobre la Renta y la Ley Tutelar de Menores, establecen cu
es el juez competente para conocer de estas materias.

En materia de *menores* es necesario mencionar también q
el Código Civil, en su Art. 524, atribuye a la competencia
los jueces de menores, en los lugares donde hayan sido cre
dos, las atribuciones señaladas a los tribunales de Prime
Instancia en lo Civil en los artículos de dicho código que
indican en la citada disposición del Art. 524.

Para las controversias comerciales, el Código de Comer
determina la competencia de los jueces mercantiles. La juri
dicción comercial es tradicionalmente una jurisdicción esp
cial, determinada por la necesidad de especialización técni
de los jueces en las cuestiones mercantiles y en el espíritu
clase que domina todavía en los que ejercen habitualmente
profesión de comerciantes.

Sin embargo, el Código de Comercio califica de *plena* es
jurisdicción en los asuntos de su competencia (Art. 1.082
Com.) y dispone que el procedimiento de los tribunales or
narios se observa en lo mercantil siempre que no haya dis
sición especial en dicho código (Art. 1.097 C. Com.)[2].

Esta jurisdicción comercial se ejerce por los Juzgados 1º al 8º
Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripci
Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, conforme a
solución Nº 204 de fecha 29-11-89 del Consejo de la Judicatu
pero en Maiquetía, con jurisdicción solamente en el territo
del Municipio Vargas del Distrito Federal, y en Los Teques,
jurisdicción en el territorio del Estado Miranda. En las dem
circunscripciones de la República, el juez de Primera Instan
ejerce al mismo tiempo la jurisdicción civil y la comercial, y
contados casos también la penal y del trabajo[3].

2. El Art. 77 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial* incluye en general a los "Ju
dos de Primera Instancia" entre los tribunales de jurisdicción ordinaria.
Art. 83 atribuye al conocimiento de los jueces de Primera Instancia la mat
civil que les atribuya el *Código de Procedimiento Civil;* las causas mercant
que les atribuya el *Código de Comercio* y las causas penales cuyo conocimi
no esté atribuido especialmente a otro tribunal. Por tanto, entre nosotro
jurisdicción comercial no es una jurisdicción especial, sino ordinaria en el se
do de que compete a los jueces de Primera Instancia, es plena la jurisdicción
juez y observa el procedimiento ordinario a falta de disposiciones especial
3. Cfr. *Decreto Ejecutivo Nº 384* del 16 de octubre de 1958, Art. 2-letras j), k)
Decreto Ejecutivo Nº 480 del 18 de enero de 1957. Art. 1º. Decreto Nº 2.082
4-5-88, *Gaceta Oficial* Nº 34.063 del 30-9-88. Resolución Nº 204 del 29-9-89
Consejo de la Judicatura, *Gaceta Oficial* Nº 34.362 del 6-12-89.

En otros casos no encontramos en la ley relativa a la materia la determinación del juez competente, sino en el Código de Procedimiento Civil.

Así, v. gr., el Código Civil, que es la ley de la materia posesoria, no determina el juez competente para conocer de los *interdictos posesorios*, sino las disposiciones de los Artículos 697 y 698 del Código de Procedimiento Civil, que la atribuyen al juez que ejerza la plena jurisdicción ordinaria en Primera Instancia en el lugar donde esté situada la cosa objeto de ellos.

Del mismo modo, el Código Civil, que es la ley de la materia relativa al estado y capacidad de las personas, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos y divorcio, no determina el juez competente para conocer de ellas, sino la disposición del Art. 754 del Código de Procedimiento Civil, que la atribuye a los Tribunales de Primera Instancia en lo Civil, hoy Civil y Mercantil. Cuando la competencia no está determinada en la ley relativa a la materia misma que se discute, ni tampoco en el Código de Procedimiento Civil, hay que acudir a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Existe la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo (1956) que regula especialmente la organización de estos tribunales y dicta normas de procedimiento para esta jurisdicción especial del trabajo.

Es esta Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo la que determina, en concordancia con la Ley del Trabajo, la competencia de estos tribunales especiales, en su Artículo 1º, que dice así: "Los asuntos contenciosos del trabajo, que no corresponden a la conciliación ni al arbitraje, y en todo caso, las cuestiones de carácter contencioso que suscite la aplicación de las disposiciones legales y de las estipulaciones de los contratos de trabajo, serán sustanciadas y decididas por los Tribunales del Trabajo que se indican en la presente ley"[4].

En la determinación de la competencia por el valor no se atiende a la *calidad* de la relación controvertida, sino al aspecto cuantitativo de la misma, y en base al valor se distribuye el conocimiento de las causas entre diversos jueces.

4. Cfr. RENGEL-ROMBERG, *Fuero del Trabajo en Venezuela*, en *Studia iuridica*. Publicación anual de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1957. Nº 1, p. 397.

La determinación de la competencia por el valor de la dema
da no da lugar, como ocurre en la determinación de la comp
tencia por la materia, a la distribución de las causas ent
jueces ordinarios y jueces especiales, sino a la distribución
ellas entre diversos tipos de jueces ordinarios.

Para conocer este reparto, el código nos remite a un orden
prelación de fuentes: 1º al Código de Procedimiento Civil.
A la Ley Orgánica del Poder Judicial (Artículo 29).

Ateniéndonos a estas fuentes, hemos de estudiar un dob
orden de cuestiones: a) Cuáles son los límites de competenc
por el valor de la demanda de los diversos tipos de juec
ordinarios. b) Cómo se determina o estima el valor de la d
manda, para saber cuál de aquellos jueces es el competen
para conocer de ella.

70. *Límites de competencia derivados del valor*

En nuestro sistema los asuntos se distribuyen, por su, val
en tres categorías de juzgados: 1) Los Juzgados de Parroqu
o Municipio. 2) Los Juzgados de Distrito o Departamento.
Los Juzgados de Primera Instancia, conforme al Decreto
1.751 del 16 de diciembre de 1982, así:

1) Los Juzgados de Parroquia o Municipio conocen de l
causas civiles y mercantiles cuya cuantía no exceda de quin
mil bolívares (Bs. 15.000) según el procedimiento de los ju
cios breves.

2) Los Juzgados de Departamento o de Distrito, conocen
primera instancia de las causas civiles y mercantiles cu
cuantía pase de quince mil bolívares (Bs. 15.000) y no exce
de treinta mil bolívares (Bs. 30.000).

3) Los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil y Merca
til, conocen de las causas cuya cuantía pase de treinta m
bolívares (Bs. 30.000).

Por reforma introducida mediante Decreto Nº 2.082 de fec
4 de mayo de 1988, que entró en vigencia el 1º de diciembre
1988, fueron creados en la Circunscripción Judicial del Di
trito Federal los Circuitos Judiciales Nº 1 y Nº 2. El prime
comprende el territorio del Municipio Libertador y el segu
do, el territorio del Municipio Vargas, que antes eran los D
partamentos Libertador y Vargas, respectivamente.

Este decreto modificó la competencia por la cuantía en los Tribunales de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal así: Para los Juzgados indicados bajo 1) las causas que no excedan de cien mil bolívares (100.000); los indicados bajo 2) las causas cuya cuantía sea superior a cien mil bolívares (Bs. 100.000), pero que no exceda de doscientos cincuenta mil bolívares (Bs. 250.000); para los Juzgados de Primera Instancia, las causas cuya cuantía exceda de doscientos cincuenta mil bolívares (Bs. 250.000)[5].

Estos límites de competencia de los Juzgados de Primera Instancia no están determinados en forma directa y principal en la Ley Orgánica del Poder Judicial, ni en los Decretos posteriores, sino que se deducen por la *función* que ejercen estos juzgados de conocer en segunda instancia de las causas civiles y mercantiles decididas en primera instancia por los Juzgados de Distrito (Art. 83 L.O.P.J. y Art. 10° *in fine* del Decreto N° 2.082 del 4-5-88), lo que nos parece un defecto de técnica legislativa, toda vez que dichos juzgados no sólo tienen *competencia funcional* para conocer en alzada de las causas iniciadas en primera instancia ante los Juzgados de Distrito, sino que tienen una competencia propia y originaria como jueces de primer grado, lo que hace necesario no solamente establecer su competencia por la materia, como lo hace la Ley Orgánica del Poder Judicial, sino además su competencia por el valor de la demanda[6].

71. *Reglas para estimar el valor de la demanda*

Una vez conocidos los límites de la competencia del juez por el valor de la demanda, es necesario estudiar el otro aspecto de la cuestión: cómo se estima el valor de la demanda.

Por el valor de la demanda ha de entenderse aquí el *interés económico inmediato* que se persigue con la demanda[7]. En otras palabras, como la demanda es el acto en que se hace valer la *pretensión* del demandante contra el demandado, el

5. Cfr. *Gaceta Oficial* N° 32.630 del 23-12-82. *Gaceta Oficial* N° 34.063 del 30-9-88.
6. Conforme al Artículo 945 de las disposiciones transitorias, corresponde al Ejecutivo Nacional, oída la opinión de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Judicatura, modificar las cuantías establecidas en el código, salvo aquellas que se refieren a multas, indemnizaciones o resarcimientos de cualquier especie. Hoy la competencia corresponde al Consejo de la Judicatura conforme al Art. 15, letras "a", "d" y "o" de su Ley Orgánica.
7. Cfr. CHIOVENDA, *Principios*, cit., Vol. I, p. 640.

valor que se ha de estimar es el valor económico del *objeto*
la pretensión, que es el bien a que aspira el demandant
Nuestro sistema positivo contiene ciertas reglas para est
mar el valor de la demanda y distingue los casos en que
misma es apreciable en dinero en dos grupos: A) Aquellas e
que el valor consta expresamente. B) Aquellas en que el val
no consta, pero puede ser apreciable en dinero.

A) Demandas cuyo valor consta expresamente

72. *Se pide un capital productivo de intereses*

La primera regla para la estimación del valor de la demanc
se refiera a aquellas en que se pide un capital productivo
intereses.

El Art. 31 del Código de Procedimiento Civil, en este cas
dispone: *"Para determinar el valor de la demanda se sum*
rán al capital los intereses vencidos y los gastos hechos en
cobranza y la estimación de los daños y perjuicios anteriores
la presentación de la demanda".

La clave de la regla consiste en distinguir lo *accesorio* de
principal, y entre los accesorios aquellos que son *anteriores*
la demanda de aquellos que son *posteriores* a ella.

El capital es principal en relación con los intereses, gastos
daños, que son accesorios. Pero los accesorios que la reg
permite agregar al capital para determinar el valor de la d
manda, son los anteriores a la misma y no los posteriores. P
ello habla de intereses *vencidos*, de gastos *hechos en la c*
branza y de estimación de los daños y perjuicios.

Los accesorios anteriores a la demanda han entrado ya en
patrimonio del demandante, constituyen créditos suyos ex
gibles al momento de la demanda, y por ello, al ser reclama
dos en el libelo, el demandante no hace otra cosa que da
origen a una *acumulación objetiva* de pretensiones que d
ben ser sumadas para determinar el valor de la demanda, p
provenir de la misma causa o título.

En cambio, los accesorios posteriores a la demanda, como l
intereses que se sigan venciendo en el curso del proceso, ha
ta el definitivo pago, y los gastos hechos en el juicio mism
para lograr la sentencia favorable, no pueden considerars
adquiridos para el patrimonio del demandante al moment

de proponerse la demanda, ni pueden ser determinados en su cuantía; ellos solamente serán tomados en cuenta en la sentencia definitiva, pero no pueden determinar el valor de la demanda a los efectos de la competencia.

Lo mismo hay que decir de los daños y perjuicios. Los que pueden reclamarse y sumarse al capital para determinar el valor de la demanda son aquellos anteriores a la misma sufridos como consecuencia del incumplimiento del deudor, los cuales deben *estimarse* en la demanda a los fines de la competencia.

73. *Lo pedido es parte, pero no saldo de una obligación más cuantiosa*

La regla está contenida en el Artículo 32 del código, que dice: *"Si se demandare una cantidad que fuere parte, pero no saldo de una obligación más cuantiosa, el valor de la demanda lo determinará el valor de dicha obligación, si ésta estuviere discutida"*.

Es este el caso de relaciones jurídicas que deben cumplirse por *cuotas* y la demanda tiene por objeto el cobro de una o varias cuotas.

La regla supone que se trata de *parte* de una obligación, pero no del *saldo* de la misma. La cuota tiene de común con el saldo que ambas son parte del todo, pero se diferencian en que el saldo es la parte final o residuo de la obligación.

La cuestión controvertida puede quedar limitada en estos casos a la discusión sobre la cuota reclamada, v. gr., cuando el demandado sólo objeta que la cuota no está vencida o que no se ha cumplido la modalidad establecida en el contrato para su pago, o que está pagada, prescrita, etc. En estos casos, el objeto de la demanda es la cuota singular reclamada, y su monto determina el valor de la demanda.

Es verdad que la demanda se funda en la entera relación jurídica de la cual es parte la cuota reclamada, y que para resolver acerca de si está vencida, o sobre la existencia de la modalidad cuyo cumplimiento invoca el demandado, el juez ha de examinar la entera relación, que es el título jurídico en que se funda la demanda, pero este examen lo hace el juez aquí *incidentalmente*, para formarse su convicción acerca del objeto de la demanda, toda vez que la relación jurídica está deducida en juicio sólo en el límite del *petitum*, o sea la cuota,

que es el verdadero objeto de la demanda y, por tanto, sólo
su respecto se producirá la cosa juzgada en virtud del fa
recaído.

En cambio, puede ocurrir, y ésta es la previsión fundament
de la regla, que el demandado discuta u objete la entera rel
ción jurídica en que se fundamenta la demanda, bien en
existencia misma o bien en su validez legal, y en este caso
cuestión controvertida no se limita a la cuota pedida, porq
el objeto de la causa es ahora la entera relación jurídica
que se funda la demanda. Ahora el juez no está llamado sol
mente a conocer en forma incidental la relación jurídica pa
decidir acerca de la cuota reclamada, sino que la existenc
misma o la validez de la entera relación, requiere una decl
ración de certeza oficial, con efecto de cosa juzgada entre l
partes y, por tanto, la controversia se ha ampliado en su obj
to y en su cuantía en tal forma que la competencia se dete
mina por el valor de la entera relación discutida[8].

Se produce así, en este supuesto, uno de los casos de incomp
tencia sobrevenida del juez ante el cual se propuso la dema
da (*supra:* n. 100-101) por virtud de la excepción del dema
dado, que hace pasar la competencia del asunto al juez q
puede conocer de la cuantía mayor.

La regla no se aplica en el caso de que el objeto de la deman
sea el *saldo* o residuo de la obligación.

En este caso, aun cuando sea objetada la existencia o valid
de la relación, el interés del asunto no cambia, porque h
biéndose extinguido parcialmente la obligación por los pag
anteriores, y liberado en consecuencia el deudor hasta conc
rrencia del saldo, el examen que haga el juez de la existenc
o validez de la entera relación jurídica, sólo tiene una tra
cendencia limitada a la resolución sobre la procedencia o ir
procedencia del pago del saldo reclamado. Por tanto, la con
petencia se determina por el valor del saldo y no de
obligación total.

La objeción a la entera relación jurídica podría tener trasce
dencia en el caso de demanda por el saldo, solamente cuan
el demandado no se contenta con objetar la relación pa

8. Cfr. En este sentido, CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., Vol. II, Nº 177.

quedar liberado del pago del saldo, sino que va más allá y solicita por vía de reconvención la restitución de las cuotas ya pagadas. En este caso el objeto de la causa se encuentra ampliado y el juez ha de conocer, no ya *incidenter tantum,* sino principalmente, de la cuestión propuesta en la acción reconvencional, por lo que la cuantía o el interés del asunto trasciende de la mera cuantía del saldo, pasando la competencia al juez que puede conocer del mayor valor, aunque el Tribunal ante quien se haya propuesto la demanda lo fuese para conocer de la demanda sola[9].

En la doctrina venezolana, Marcano Rodríguez recoge dos casos citados por Mattirolo en que éste considera que la excepción del demandado influye en la determinación de la competencia, aun tratándose del cobro de un saldo: "Supongamos –dice Mattirolo– que el actor, quien era acreedor por cuatro mil liras en virtud del título X, y que ya ha recibido a cuenta 2.600 liras, demanda ante el pretor el residuo de 1.400 liras. El demandado reconoce haber pagado 2.600 liras, pero niega haberlo hecho a cuenta del pretenso crédito del actor, que totalmente contradice e impugna formalmente, no la declaración de *recepto* del actor, sino la imputación de su pago y la subsistencia del débito constante del título X. Es manifiesto cómo en tal caso el pretor deberá declararse incompetente, porque así la suma pagada de 2.600 liras sobre cuya imputación se contiende, como el crédito de 4.000 liras enteramente contradicho por el demandado, exceden del límite de la competencia pretorial"[10].

Nosotros pensamos que en este caso no se da la incompetencia sobrevenida del juez ante el cual se está reclamando el saldo, porque en esencia el interés del asunto sigue siendo de 1.400 liras, saldo reclamado. La contestación del demandado, al objetar la entera relación jurídica y la imputación de pago de las 2.600 liras tiende exclusivamente a obtener su liberación del pago del saldo reclamado; las cuestiones que ha de considerar el juez, planteadas por el demandado en este caso, son meramente incidentales, al objeto de resolver sobre la condena o absolución del demandado al pago de

9. Cfr. Art. 86 C.P.C.
10. Cfr. MATTIROLO, *Trattato di Diritto, Giudiziario Civile italiano,* 5ª. Ed. 1902, Vol. I, Nº 215, Nota 2. Cfr. MARCANO RODRIGUEZ, ob. cit., Vol. I, p. 314.

1.400 liras y, por tanto, el interés económico de la contro
sia no ha variado y la cosa juzgada quedará limitada
procedencia o no de la deuda de 1.400 liras en base al títul
invocado por el demandante.

El otro caso lo plantea así Mattirolo: "Supongamos tod
que el actor reclama del demandado ante el pretor la sum
mi liras, que dice constituye el *residuo* de su mayor crédit
tres mil liras que tenía contra el demandado, compens
con su débito de dos mil, como aparece de la cuenta que
senta en el juicio. Si el demandado impugna algunas pa
das de esta cuenta, y pide, con el derecho que indudablem
te tiene, que la discusión y la decisión se extiendan a tod
cuenta, es evidente que para la así ampliada controversi
pretor cesará de ser competente".

Tampoco es acertada esta conclusión, a nuestro parecer.

No existe aquí ninguna ampliación de la controversia.
controversia sigue siendo la misma después de la conte
ción del demandado, y su interés económico el de mil li

La entera relación jurídica, fundamento de la demanda
compleja: un *crédito* del actor de tres mil liras, compens
por un *débito* del mismo actor de dos mil liras y un *saldo*
favor de mil liras. Dichas relaciones solamente están ded
das en juicio en el límite del *petitum:* un mil liras. El exa
que haga el juez de la entera relación al objeto de reso
sobre la procedencia de la demanda, es meramente incid
tal, a los fines de decidir sobre la condena o absolución
demandado al pago de 1.000 liras. Por tanto, el interés eco
mico de la controversia no ha variado, y el juez es perfe
mente competente para conocer de la demanda.

Se puede, pues, asentar esta conclusión, en relación al cobr
saldos y a la eventual incompetencia sobrevenida del ju
Siempre que el juez tenga que resolver sobre la procedencia
del pago del saldo reclamado, el valor de la controversia
cambia por la mera contradicción del demandado que llev
juez a examinar incidentalmente la entera relación jurídic
que se fundamenta la demanda. El valor de la causa pu
variar solamente cuando la objeción a la entera relación es f
damento de una acción reconvencional del demandado que
ga necesaria una decisión principal sobre la relación discuti

74. *La demanda contiene varios puntos*

Es el caso de la *acumulación objetiva* de pretensiones, en que se pide al demandado, en el mismo libelo, la satisfacción de varias pretensiones.

La regla está formulada en el Art. 33, así: "Cuando una demanda contenga varios puntos, se sumará el valor de todos ellos para determinar el de la causa, si dependen del mismo título."

La clave de la regla está en diferenciar los puntos que provienen del mismo título de aquellos que provienen de títulos diferentes. Es evidente que la acumulación objetiva de pretensiones puede ser de dos clases: acumulación de pretensiones que derivan del mismo título y acumulación de pretensiones que derivan de títulos diferentes. La regla se refiere a la primera hipótesis, y quiere que las pretensiones acumuladas en la demanda que derivan del mismo título, se sumen para determinar el valor de la misma, porque el caso de acumulación de pretensiones que derivan de títulos diferentes es lo que denomina el nuevo código *acumulación de pretensiones* en un mismo libelo (Art. 77 C.P.C.), que no se suman, sino que conservan su individualidad.

La deficiente expresión de la regla en el Art. 69 del código de 1916 había dado origen a la discusión doctrinaria y práctica entre los comentaristas venezolanos, pues mientras algunos sostenían que los puntos podían tener o no relación alguna entre sí y debían sumarse cualquiera que sea el origen o fundamento de la reclamación[11], otros, en cambio, sostenían que los puntos a que se refiere la regla han de tener un mismo origen o título jurídico[12].

Esa duda se aclaraba considerando la fuente legal de la cual tomó el legislador venezolano de 1916 la regla en cuestión, que fue la disposición del Art. 73 del Código de Procedimiento Civil italiano de 1865. Esta disposición decía así: "Cuando los capítulos de la demanda sean varios, se suman todos para determinar el valor de la causa, si dependen del mismo título; si dependen de títulos distintos, se tiene en cuenta el valor de cada uno tomado separadamente".

11. Cfr. BORJAS, *Comentarios*, cit., Vol. I, pp. 170-171. FEO, ob. cit., Vol. I, p. 173.
12. Cfr. MARCANO RODRIGUEZ, ob. cit., Vol. I, p. 315.

Ahora bien, nuestro legislador de 1916 separó ambas hipó
sis. Tomó la primera del mencionado Art. 73 del código ital
no, y se inspiró para la segunda en la Ley de Enjuiciamie
Civil española (Arts. 153 y 154). La acumulación objetiva
pretensiones que por derivar del mismo título se suman p
determinar la competencia, quedó consagrada en el Art. 6
la acumulación objetiva de pretensiones que por derivar
títulos diferentes no se suman (acumulación de accione
quedó regulada en el Art. 239.

Es evidente que al haber separado ambas hipótesis previs
en el Art. 73 del código italiano, no tenía que advertir el le
lador la necesidad del mismo origen o título jurídico de
pretensiones para que pudieran ser acumuladas, pues
pretensiones (acciones) que derivan de títulos diferent
quedaron reguladas en su posibilidad de acumulación e
Art. 239.

Por ello resultaba acertada la posición de Marcano Ro
guez cuando asentaba que no debía confundirse la regla
Art. 69 con el Art. 239 del mismo código: "Aquí se trata de
demanda que contenga varios puntos, allá de una dema
en la cual se acumulan varias acciones y éstos no son conc
tos que deban o puedan confundirse"[13].

Para salvar la duda y evitar las discordantes interpreta
nes, el nuevo código, en el Artículo 33, añadió al final:
dependen del mismo título".

Por tanto, estamos en presencia de puntos de una deman
provenientes del mismo título, en la hipótesis, por ejem
de que celebrado con Ticio un contrato de arrendamiento
bre una finca agrícola, lo demande después por el cobro
2.000 bolívares correspondientes a las dos primeras pen
nes insolutas de arrendamiento; por Bs. 3.000, valor de
alambique instalado en la finca, pero que debía quedar
ella y, sin embargo, Ticio lo desmontó y lo trasladó a o
lugar; por 1.500 bolívares, valor de unos árboles que der
Ticio y benefició en provecho suyo. En este caso, todos
puntos de la demanda provienen del mismo título: la rela
jurídica de arrendamiento celebrada con Ticio, cuyos valo
deben sumarse para determinar el valor de la demanda.

13. Cfr. MARCANO RODRIGUEZ, ob. cit., Vol. I, p. 315.

En cambio, si la demanda contra Ticio es para que me pague Bs. 2.000 por las dos pensiones de arrendamiento que me adeuda según el contrato; Bs. 3.000 que le facilité en calidad de préstamo, sin interés, según contrato auténtico celebrado al efecto; Bs. 1.500 por el precio de un caballo que le vendí en la última feria, y Bs. 3.000 por reembolso del pago que hice por él en calidad de fiador suyo en la compra de una casa; en esta hipótesis no se trata ya de *puntos* de una demanda, en el sentido de la regla, sino de varias acciones, provenientes de diferentes títulos, acumuladas en el mismo libelo, situación que está regida por el Art. 77 del Código de Procedimiento Civil.

En ambos casos hay una *acumulación objetiva de pretensiones*, pero en el primero las pretensiones acumuladas en la demanda, provienen del mismo título, y en el segundo las pretensiones acumuladas en la demanda provienen de títulos diferentes y es lo que llama la ley *"acumulación de pretensiones"*[14].

75. *Demandan varios la parte que tienen en un crédito*

Es éste un caso de *acumulación subjetiva* en que varias personas piden en un mismo juicio, contra uno o varios obligados, la parte que les corresponde en un crédito.

La regla está contenida en el Art. 34 del código, así: "Cuando varias personas demanden de una o más, en un mismo juicio, el pago de la parte que las demandantes tengan en un mismo crédito, el valor de la causa se determinará por la suma total de las partes reclamadas."

Los extremos que supone la regla son los siguientes: a) Varios demandantes y un solo demandado. b) Varios demandantes y varios demandados. c) Una obligación divisible. Por tanto, en el dominio de la regla no entran las obligaciones indivisibles o solidarias, ni los créditos que deriven de títulos diversos a favor de varios acreedores, pues se trata en la regla de partes en un mismo crédito, lo que supone la unidad del título y la divisibilidad de la obligación.

---

14. El código italiano (1942) ha eliminado la distinción que hacía el viejo Art. 73 y siguiendo el modelo alemán, ha consagrado la regla en el Art. 10 de que "las demandas interpuestas en el mismo juicio contra la misma persona se suman entre sí". Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., Vol. II, p. 101. Cfr. NAPPI, Giuseppe, *Commentario al Codice di procedura civile*, 1941, Vol. I, pp. 114 y ss. Cfr. ANDRIOLI, Virgilio, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª. Ed., 1957, Vol. I, p. 64.

De diversos modos pueden resultar varias personas copart
cipes de un crédito contra el deudor o los deudores comune
el crédito, perteneciente originalmente a un solo acreedor, h
podido pasar a sus herederos. El crédito ha podido ser adjud
cado a varios comuneros en la división de la comunidad. E
crédito ha podido ser cedido a varios en proporciones iguale
o diferentes. El deudor o los deudores han podido contrae
originalmente la deuda en favor de varios acreedores en pr
porciones iguales o distintas, etc.

En estos casos, cuando varios de los copartícipes, y no todo
demandan del deudor o de los deudores comunes la parte qu
les corresponde en el crédito, el valor de la demanda se dete
mina por la suma de las partes reclamadas.

La justicia de la solución es evidente: el objeto de la contr
versia está limitado a las partes reclamadas, y no podría
tomarse en consideración para valorar la demanda, las pa
tes cuyos titulares no han intervenido en el juicio.

El valor de la demanda estaría determinado por la totalida
de la obligación, si todos los copartícipes del crédito dema
dasen la parte que les corresponde, puesto que la suma d
todas las partes es igual al todo.

Puede plantearse en el caso contemplado en la regla, la cue
tión de si objetada por el deudor o los deudores comunes
entera obligación, en su existencia o en su validez, deba cons
derarse ampliado el valor económico de la controversia y dete
minarse la cuantía de la demanda por la totalidad de la oblig
ción y no solamente por la suma de las partes reclamadas.

La solución admitida generalmente no considera que hay
alteración en el valor de la causa por la objeción a la ente
obligación, pues si bien el juez para resolver la cuestión ha d
examinar la relación jurídica en su existencia y validez, d
cho examen es meramente incidental y la decisión no tie
trascendencia alguna respecto de los copartícipes que no ha
intervenido en el juicio, a los cuales no sería oponible com
cosa juzgada, la sentencia pronunciada en relación a las pa
tes reclamadas del mismo crédito"[15].

---

15. Cfr. MARCANO RODRIGUEZ, ob. cit., Vol. I, p. 320. BORJAS, ob. cit., Vol. I, p. 1
NAPPI, ob. cit., Vol. I, p. 118. ANDRIOLI, ob. cit., Vol. I, p. 67.

Si la obligación fuese solidaria respecto de varios acreedores, no cabe duda de que aun siendo uno el demandante, el valor de la demanda se determinará por el valor íntegro de la obligación, pues no se trata en este caso de cobro de parte en un crédito, sino de cobro del crédito mismo en su totalidad, y por otra parte, la objeción que haga el deudor común a la obligación misma, en su existencia o en su validez y la sentencia dictada para resolver la cuestión, son oponibles a los demás acreedores que no han intervenido en el juicio, pues la sentencia condenatoria obtenida por uno de los acreedores contra el deudor común, aprovecha a los otros, y la sentencia dictada en favor del deudor aprovecha a éste contra todos los acreedores, a menos que se la haya fundado en una causa personal al acreedor demandante[16].

76. *Se demanda el pago de una renta*

La regla para determinar el valor de la demanda en los casos de cobro de rentas, está contenida en el Art. 35 del Código de Procedimiento Civil, así:

"Si se demandaren prestaciones alimentarias periódicas, el valor de la demanda se determinará por el monto de las prestaciones reclamadas; pero si la obligación estuviere discutida, su determinación se hará por la suma de dos anualidades.

Cuando se demande el pago de una renta, de cualquier denominación que sea, el valor se determinará acumulando las anualidades reclamadas, pero si el título estuviere discutido, el valor se determinará acumulando diez anualidades. Esta regla se aplica también para determinar el valor de las causas relativas a prestaciones enfitéuticas."

Como se ve, la regla considera tres hipótesis: a) Aquella en la cual se demanda el pago de prestaciones alimentarias periódicas. b) Aquella en que se demanda el pago de una renta, cualquiera que sea su denominación y c) Aquellas relativas a prestaciones enfitéuticas.

Cuando el título no es objetado, el valor de la demanda se determina por el monto de las prestaciones o de las anualidades de renta, o de los cánones enfitéuticos reclamados, toda

16. Argumento del Art. 1.242 del Código Civil, que acoge la regla del Proyecto Franco-Italiano para las obligaciones.

vez que ellas forman el objeto de la demanda. Pero cuando título mismo es discutido, el valor de la demanda se determina en el caso de prestaciones alimentarias, por la suma de dos anu lidades y en los demás casos por la suma de diez anualidades

77. *Demandas sobre la validez o continuación de un arrendamiento*

Esta regla se formula, en el Art. 36 del código, así:

"En las demandas sobre la validez o continuación de u arrendamiento, el valor se determinará acumulando las pe siones sobre las cuales se litigue y sus accesorios. Si el contr to fuere por tiempo indeterminado, el valor se determina acumulando las pensiones o cánones de un año."

De un contrato de arrendamiento pueden derivarse divers acciones: la relativa a la validez del arrendamiento, la q tenga por objeto la resolución del contrato, la de desalojo, de pago de pensiones, etc.

La regla se refiere a las dos primeras hipótesis, y establece q el valor de la demanda en tales casos, se determinará acum lando las pensiones sobre las cuales se litigue y sus accesori

Pero como la controversia sobre la validez o la continuaci del arrendamiento, no se refiere a una obligación singula sino que el objeto de la demanda es aquí la relación jurídi de arrendamiento, determinar las pensiones sobre que se l tigue significa, en este caso, establecer la parte de la relaci jurídica de arrendamiento que es realmente controvertid

La cuestión tiene soluciones diversas, según se trate de dema das sobre la *resolución* (continuación) del arrendamiento, o aquellas que versan sobre la *nulidad* (validez) del mismo.

En las demandas por resolución del contrato, la controvers se refiere a las pensiones no vencidas todavía y a las vencid en cuanto se pidiese su pago.

En cambio, en las demandas sobre la validez (nulidad) d contrato, la controversia se refiere no solamente a las pensi nes por vencerse en el futuro, sino también a las pagad desde la iniciación del contrato, si la repetición de ellas solicitada como consecuencia de la inexistencia de la oblig ción, puesto que la sentencia que acoge la demanda anula entera relación obligatoria.

No cambia la solución que da la regla si la cuestión de validez o continuación del arrendamiento surge por vía de acción, al proponerse la demanda por el actor, o por vía de excepción, al contestarse la demanda cuyo objeto sea solamente el pago de una o varias pensiones atrasadas.

En ambos casos, el objeto de la controversia y, por tanto, la parte de la relación jurídica controvertida, se determinan según la regla que acabamos de estudiar. Sólo para el caso de contrato por tiempo indeterminado, el valor de la demanda se determina acumulando las pensiones o cánones de un año.

78. *Prestaciones que deben pagarse en especie*

El Art. 37 del código contiene la regla para esta hipótesis:

"En los casos de los dos artículos anteriores, o en otros semejantes, si la prestación debe hacerse en especie, su valor se estimará por los precios corrientes en el mercado."

Cuando la prestación debe hacerse en especie, su estimación, a los efectos de la determinación del valor de la demanda, se hará por los precios corrientes del mercado.

Cómo conocer los precios corrientes en el mercado, lo dice expresamente el Art. 118 del Código de Comercio:

"Siempre que se deba determinar el curso del cambio, el justo precio o el precio corriente de las mercancías, de los seguros, fletes y transportes por tierra y por agua, de las primas de seguros, de los efectos públicos y de los títulos industriales, se recurrirá para hacer la determinación a la lista de cotización de la Bolsa de la localidad y, en su defecto, se recurrirá a todos los medios de prueba."

Por tanto, el demandante, junto con su libelo debe producir la respectiva lista de cotización de la Bolsa, y en defecto de ella, si se trata de frutos, productos industriales, víveres y otras mercancías, las listas de precios emanadas de los organismos oficiales de regulación, o de las Cámaras de Comercio de la localidad, o cualquier otro medio de prueba, y en base a ellas será estimado el valor de la especie y determinado el valor de la demanda.

B) Demandas cuyo valor no consta, pero es estimable en dinero.

79. *El valor de la cosa demandada no consta, pero es apreciable en dinero*

El Art. 38 del Código de Procedimiento Civil, establece regla para esta hipótesis: "Cuando el valor de la cosa dema dada no conste, pero sea apreciable en dinero, el demandan la estimará. El demanado podrá rechazar dicha estimaci cuando la considere insuficiente o exagerada, formulando efecto su contradicción al contestar la demanda. El juez de dirá sobre la estimación en capítulo previo en la senten definitiva.

Cuando por virtud de la determinación que haga el juez en sentencia, la causa resulte por su cuantía de la competen de un tribunal distinto, será éste quien resolverá sobre fondo de la demanda, y no será motivo de reposición la inco petencia sobrevenida del juez ante quien se propuso la manda originalmente."

La regla supone que la cosa objeto de la demanda es aprec ble en dinero, pero su valor no consta, y ordena al demanda te estimarla. Tales son los casos de las acciones reales, posesorias, las de cumplimiento, nulidad o rescisión de c tratos y las de indemnización de perjuicios, en que bien p de no constar su valor, pero es posible estimarlo en dine

La estimación de la demanda deberá hacerla el demanda *en el libelo*[17], pero no ha de ser una estimación capricho sino que para hacerla, el demandante debe tomar en cuen las circunstancias de la cosa, v.gr., su productividad, su tuación y estado, su naturaleza, los incrementos o mejo que haya sufrido, si éste fuere el caso, que contribuyan re mente a hacer una estimación justa de la cosa, y además demandante debe probar en el proceso todas estas circu tancias, a fin de que el juez pueda considerar ajustada a verdad dicha estimación[18].

En la práctica, la jurisprudencia ha admitido la posibilic de una *estimación tácita* de la demanda, deduciéndola mero hecho de su presentación ante determinado juez y silencio del demandado en el acto de la contestación respe

17. Cfr. *Corte Federal y de Casación*, Memoria año 1894, p. 100.
18. Cfr. En este sentido MARCANO RODRIGUEZ, ob. cit., Vol. I, p. 327, y *Jurispru cia de los Tribunales de la República*, Vol. VII, tomo I, p. 789.

de la controversia, que impide al juez dictar un fallo decisorio del mérito de la causa, pero no anula los actos de procedimiento realizados ante el juez incompetente.

Aun cuando la incompetencia se proponga mediante la regulación de la misma, según el procedimiento contenido en los Artículos 62 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, el efecto de la declaración de haber lugar a la incompetencia, es el de *pasar los autos* al juez competente para que *continúe conociendo* (Art. 75 C.P.C.). La ley no consagra, en este caso, la nulidad de lo actuado, sino que establece que a falta del presupuesto necesario (competencia) para que el juez pueda dictar un fallo sobre el fondo de la causa, debe pasarse ésta al juez competente para que *continúe conociendo* y dicte el fallo definitivo.

La situación es clara en el caso del Art. 38 en que el legislador quiere que en vez de una cuestión previa o de una incidencia sobre la cuestión de la estimación de la demanda, a los fines de la determinación de la competencia del juez por el valor de la causa, se haga valer la impugnación del valor en el acto de contestar la demanda, en tal forma que la resolución del juez sobre el punto, no puede producirse sino como capítulo previo en el fallo definitivo.

Finalmente, el juez debe pronunciarse en forma expresa, positiva y precisa sobre la estimación de la demanda, rechazada por el demandado en el acto de la contestación, y su omisión de pronunciamiento vicia el fallo por no contener decisión sobre una defensa invocada por la parte y no atenerse a lo alegado en autos (Art. 12, 243 y 244 C.P.C.)[27].

Cuando la demanda no es apreciable en dinero, como ocurre en las que tienen por objeto el estado y la capacidad de las personas, la nulidad del matrimonio, la separación de cuerpos, el divorcio y otras, no se plantea la cuestión de la competencia por el valor sino en relación a la materia.

27. Cfr. En contra: *Gaceta Forense*, Nº 24, p. 98, que considera que la limitación del valor de la demanda sólo es útil para determinar la competencia del tribunal, y olvida que la parte tiene también un interés privado en juego, toda vez que la tasación de los honorarios de los abogados de la parte contraria, que debe pagar la condenada en costas, depende del valor de la demanda (Art. 286 CPC). Conforme: J.T.R., Vol. VII, Tomo I, p. 55. En contra: Sentencia del 13-10-88, en PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia*, cit. Año 1988, Nº 10, p. 68.

CAPITULO IV

DETERMINACION DE LA COMPETENCIA POR EL TERRITORIO

SUMARIO

80. *La competencia territorial*

Otro de los criterios para la determinación de la compete del juez lo constituye el *territorio*.

Aquí no se atiende ya a la naturaleza (materia) de la rela jurídica objeto de la controversia, ni al aspecto cuantita (valor) de la misma, sino a la *sede* del órgano y a la rela que las partes o el objeto de la controversia tienen co territorio en que el órgano actúa.

No basta, a los fines de la determinación de la competen haber aclarado a qué tipo de órgano corresponde por la m ria y por el valor el conocimiento de una causa determin sino que es necesario, además, para individualizar en con to al juez que debe conocer de ella, determinar también a de los diversos jueces de aquel tipo corresponde conoce esta causa singular, y esta determinación se realiza en co deración a la vinculación que tienen las partes o el objet la controversia con el territorio en que actúa el juez.

La determinación de la competencia por el territorio, n lugar a la distribución vertical de las causas entre juece diversos tipos, como ocurre en las determinaciones estu das hasta ahora, sino a la distribución horizontal de

entre *jueces del mismo tipo*, pero que actúan en territorios diferentes[1].

El establecimiento de las diversas sedes o circunscripciones territoriales en que actúan los jueces, está dado por la Ley Orgánica del Poder Judicial y los decretos complementarios que organizan la administración de justicia (*supra:* n. 10. A.4), pero las normas que determinan la competencia en atención a las vinculaciones de las partes o del objeto de la controversia con dichas circunscripciones, son dadas por el Código de Procedimiento Civil, en la Sección II del Título I del Libro Primero.

81. *Fundamento de esta competencia*

El fundamento de esta competencia es de orden privado: hacer menos oneroso para aquellos que necesariamente deben participar en el proceso, el obrar o contradecir en juicio, facilitándoles el acceso a los tribunales más próximos a su domicilio o donde puedan ser más fácilmente aportadas las pruebas relativas a una determinada relación controvertida. Desde el punto de vista del derecho público, no tiene trascendencia, v. gr., que los litigantes acudan al juez civil y mercantil de la capital de la República o al juez civil y mercantil de la ciudad de Valencia o de Maracaibo; en cambio, el interés público que informa todas las normas de distribución vertical de la competencia, no permite, v. gr., que se acuda al juez ordinario civil y mercantil de Caracas para obtener una resolución reservada al juez de Menores de la misma localidad, o que se solicite del juez de Hacienda de esta circunscripción una decisión en asunto que está atribuido especialmente al Tribunal del Trabajo.

La distribución horizontal de las causas entre jueces del mismo tipo, está fundada pues, en un principio de comodidad de las partes, para facilitar y hacer más cómoda su defensa, especialmente la del demandado, a diferencia de la distribu-

1. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. II, pp. 106 y ss. MICHELI, *Corso di Diritto Processuale Civile*. Giuffré. 1959. Vol. I, pp. 133 y ss. LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Giuffré 1957. Vol. I, p. 114. GAGLIO, ATTILIO, *Competenza Civile. Nuovo Digesto Italiano*, Vol, III, p. 459. ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil*. EJEA. Buenos Aires, 1955. Vol. I, p. 184. LENT, FRIEDRICH, *Diritto Processuale Civile Tedesco*. Traducción italiana de Edoardo Ricci. Morano Editore, 1962, p. 48.

ción vertical, fundada en principios de derecho público, lo q
explica la naturaleza esencialmente relativa o derogable
la competencia territorial[2].

Sólo excepcionalmente (*supra:* n. 66 b) la competencia por
territorio es de orden público e inderogable, cuando se tr
de acciones en que está interesado el orden público por
una cuestión de estado, como el divorcio y la separación
cuerpos, en las cuales interviene el representante del Min
terio Público[3] (Art. 47 C.P.C.).

82. *Regla general de la competencia territorial*

La regla general en materia de competencia territorial,
puede enunciar diciendo que *es competente para conocer*
todas las demandas que se propongan contra una persona
tribunal del lugar donde la misma tenga su domicilio, a n
nos que el conocimiento de la causa haya sido deferido exc
sivamente a otro tribunal.

Lo que determina esta regla, es la *vinculación personal*
demandado con dicha circunscripción. Esto se expresa en
aforismo latino: *actor sequitur forum rei*, según el cual el
tor debe seguir el fuero del demandado[4].

Como el tribunal del domicilio del demandado es competen
para conocer de todas las causas que se propongan contra
que no hayan sido deferidas especialmente a otro tribunal,
dice que el demandado tiene *su fuero* en dicho tribunal, y c
este fuero es su *fuero general* o *personal*.

Sin embargo, si bien el fundamento de orden privado de e
competencia impone al actor, como regla general, la obligac

2. Cfr. *Gaceta Forense* Nº 38 (2ª Et.) Vol. I, pp. 35 y 36.
3. Cfr. *Gaceta Forense* Nº 38 (2ª Et.) Vol. I, pp. 35 y 36. Este principio que antes meramente jurisprudencial entre nosotros, ahora está consagrado en el Art lo 47 del nuevo código, que sigue en este punto al derecho italiano.
4. Cfr. *Corte Federal y de Casación*. Memoria 1944, Tomo I, p. 150. Cfr. *Ga Forense*, Nº 38. (2ª etapa). Vol. I, pp. 35 y 36. La regla encuentra una form ción técnica precisa, en el Art. 12 del Código Procesal Civil alemán (ZPO), dice: "Para el conocimiento de todas las demandas que se presenten contra persona, será competente el tribunal en el cual la misma tenga su fuero gene salvo que se trate de demandas sometidas a fueros especiales". Ella se com menta con el Art. 13 que establece: "El fuero general de las personas está de minado por el domicilio". Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*. Tra ción española de PRIETO CASTRO, Ed. Labor, 1936, p. 175. ROSENBERG, Tra cit. Vol. I, p. 184. SCHONKE, *Derecho Procesal Civil*. Traducción española, 1 p. 139. LENT, *Diritto Processuale Civile Tedesco*, cit. p. 48.

de seguir el fuero del demandado, a fin de proporcionar a éste el mínimo de incomodidad para su defensa, por otra parte, para moderar la rigidez de esta regla se concede al actor una cierta facultad de elección entre varios otros fueros especiales que concurren con el del domicilio, y que están determinados no ya por la vinculación personal del demandado con una cierta circunscripción territorial, sino por la vinculación real u objetiva de la acción o del objeto de la relación controvertida con una determinada circunscripción territorial.

Esta vinculación real u objetiva de la acción o del objeto de la relación controvertida, con una determinada circunscripción territorial, puede originarse por la situación de la cosa objeto de la demanda *(forum rei sitae)*, o por el lugar donde se ha contraído la obligación *(forum contractus)*, o donde deba cumplirse *(forum solutionis)*, o donde se abrió la sucesión *(forum apertae successionis)*, etc.

En estos casos se habla de *fueros especiales, reales u objetivos*, en contraposición con el *fuero general, personal o subjetivo* a que nos referimos anteriormente.

La doctrina ha hecho precisas diferenciaciones de todos estos fueros, cuyo conocimiento es de gran valor y utilidad para la interpretación de las reglas de derecho positivo contenidas en el código:

a) *Fuero general* es el tribunal ante el cual puede ser demandada una persona en relación con toda especie de causas cuyo conocimiento no haya sido deferido especialmente a otro tribunal.

b) *Fuero especial* es el tribunal ante el cual el demandado puede ser llamado para responder sólo de ciertas causas deferidas a ese tribunal.

c) *Fuero personal* es el tribunal competente para conocer en virtud de la relación de domicilio que tiene el demandado con la circunscripción territorial de dicho tribunal.

d) *Fuero real* es el tribunal competente para conocer de determinadas causas por la vinculación de la acción o del objeto de la relación controvertida con la circunscripción territorial de dicho tribunal.

e) *Fueros concurrentes*, cuando para el conocimiento de una misma causa existen varios tribunales competentes por el

territorio. Esta concurrencia de fueros puede ser de dos ti
electiva, según que se atribuya al actor la facultad de el
libremente entre ellos, y *sucesiva* o *subsidiaria*, según que
se atribuya al actor la facultad de elegir uno a falta de ot

f) *Fuero exclusivo*, o necesario, cuando para el conocimie
de la causa es competente solamente un tribunal, con ex
sión de todo otro tribunal. Este fuero está inspirado en ra
nes de interés público eminente que obstan al acuerdo ex
so o tácito de las partes para desplazar el conocimiento d
causa hacia otro tribunal, como es la regla en la compete
territorial inspirada en razones de interés privado.

g) *Fueros legales y voluntarios*, según que la compete
territorial del tribunal derive inmediatamente de la ley
la voluntad de las partes.

83. *Fuero general para las demandas relativas a derec personales y reales sobre bienes muebles*

Conforme al Artículo 40 del Código de Procedimiento C
"las demandas relativas a derechos personales y las relati
a derechos reales, sobre bienes muebles se propondrán a
la autoridad judicial del lugar donde el demandado teng
domicilio o, en defecto de éste, su residencia. Si el demand
no tuviere ni domicilio ni residencia conocidos, la dema
se propondrá en cualquier lugar donde él se encuentre"

Al examinar esta disposición con arreglo a la doctrina de
fueros, se percibe claramente que ella establece el *fuero g*
ral del demandado para todos los derechos personales y
les sobre bienes muebles y que este fuero constituye ig
mente su *fuero personal*, porque está determinado po
vinculación subjetiva o personal del demandado con el tr
nal donde tiene su domicilio.

Pero al mismo tiempo la norma establece una *concurren*
de fueros, toda vez que varios tribunales son competentes
el territorio para conocer de una misma causa: el del *dom*
lio, el de la *residencia* y el del lugar donde el demandad

5. Para toda esta cuestión: Cfr. CHIOVENDA, *Principios*, cit. Vol. I, p. 682. CALA DREI, *Istituzioni*, cit. Vol. II, p. 108. ROSENBERG, *Tratado*, cit. Vol. I, p. GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. 175. LORETO, *Errores de interpretación en la teor la competencia territorial*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Faculta Derecho. Caracas, 1956, p. 53.

encuentre, concurrencia ésta que no es electiva, sino *sucesiva* o *subsidiaria,* porque el actor sólo puede elegir el fuero de la residencia en defecto de domicilio y el del lugar donde el demandado se encuentre, a falta de los dos anteriores.

Los conceptos de domicilio, residencia y morada o permanencia hay que entenderlos en su sentido propio tradicional: así, el domicilio de una persona es el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses (Art. 27 Cód. Civ.), lo que no obsta para que pueda hacerse una elección de domicilio contractualmente, con el efecto de prórroga de la competencia territorial (*supra:* n. 66 b). La residencia es el lugar donde habita una persona habitualmente y, por tanto, resulta del concurso de dos elementos, uno material: el hecho de permanecer en el lugar, y el otro intencional: la habitualidad voluntaria de la permanencia. La mera permanencia o morada es el simple hecho de encontrarse en un lugar determinado; no tiene el carácter de estabilidad o habitualidad, sino al contrario, de precariedad, ocasionalidad o temporalidad[6].

El Art. 40 no se refiere expresamente a las personas jurídicas, pero ellas están comprendidas en la regla. El domicilio de las personas morales o jurídicas, diferente del domicilio de los individuos que las integran, es el resultado de una ficción legal que considera como tal el lugar donde está situada su dirección o administración, salvo lo que se dispusiera en sus estatutos o en leyes especiales. No tienen aplicación respecto de ellas, los fueros de la *residencia* y de la *morada,* que concurren subsidiariamente con el fuero del domicilio cuando se trata de personas naturales. Una persona jurídica no puede "*encontrarse*" en un lugar distinto de su domicilio[7].

Sin embargo, las personas jurídicas pueden tener agencias o sucursales establecidas en lugares distintos de aquel en que se halle la dirección o administración, y en este caso, se tendrá también como su domicilio el lugar de la sucursal o agencia, respecto de los hechos, actos y contratos que ejecuten o celebren por medio de la agencia o sucursal[8].

6. Cfr. RICCI, *Commento al Codice di Procedura Civile italiano.* Firenze. 1890. Vol. I, pp. 161-162. MATTIROLO, *Trattato,* Vol. I Nº 693. BORJAS, *Comentarios,* cit. Vol. I, p. 188. MARCANO RODRIGUEZ, *Apuntaciones,* cit. Vol. II, p. 26.
7. Cfr. *Gaceta Forense* Nº 46 (2ª etapa), p. 687.
8. Argumento del Art. 28 del Código Civil. Cfr. *Gaceta Forense* Nº 11 (2ª etapa), p. 87.

En materia mercantil, el Art. 1.095 del Código de Comer
dispone que las acciones personales y reales sobre bien
muebles, originadas de actos ejecutados por cuenta de u
sociedad nacional o extranjera, por su gerente o representa
te fuera del sitio social, pueden ser propuestas por los ter
ros ante la autoridad judicial donde se ejerza el comerci
resida el gerente o representante, consagrándose así un f
ro *facultativo,* concurrente con el fuero del domicilio de
sociedad, a elección del demandante.

84. *Fueros especiales para las demandas relativas a derechos personales y reales sobre bienes muebles*

Mientras el Artículo 40 establece el fuero general y perso
del demandado para todos los derechos personales y rea
sobre bienes muebles, determinado por su vinculación per
nal con el tribunal del lugar donde tiene su domicilio, el
tículo 41 establece varios fueros *especiales, reales* u *objeti*
para las mismas demandas, determinados por la vinculaci
real de la acción o del objeto de la relación controvertida, c
una determinada circunscripción territorial. En efecto,
gún esta norma, "Las demandas a que se refiere el artíc
anterior se pueden proponer también ante la autoridad ju
cial del lugar donde se haya contraído o deba ejecutarse
obligación, o donde se encuentre la cosa mueble objeto de
demanda, con tal de que en el primero y en el último caso
demandado se encuentre en el mismo lugar. Sin embargo
demandado por una cosa mueble que tuviere consigo fuera
su domicilio, podrá dar fianza para responder de ella ant
tribunal competente de su propio domicilio, si se tratare
último de dichos casos. Los títulos de competencia a que
refiere este artículo, son concurrentes con los del artículo
terior, a elección del demandante."

Como se ve de esta disposición, aquí estamos en presencia
fueros especiales, porque el lugar de la celebración del cont
top *(forum contractus),* o el lugar donde deba ejecutarse
obligación *(forum solutionis),* o el lugar donde se encuentr
cosa mueble objeto de la acción *(forum rei sitae)* generan
competencia territorial del tribunal, no para toda especie
causas, sino especial y limitadamente a las que indica la n
ma; y de *fueros reales* u *objetivos,* porque el fuero compete
está determinado, no por la vinculación personal del dema

dado con la circunscripción territorial del tribunal, sino por circunstancias reales y objetivas de la relación controvertida, tales como la celebración del contrato, la ejecución de la obligación o la situación de la cosa mueble objeto de la acción en la circunscripción territorial del tribunal.

A su vez, los tres fueros mencionados, son entre sí *concurrentes electivamente*, porque para el conocimiento de una misma causa existen tres tribunales competentes por el territorio: el del lugar de la celebración del contrato, el de la ejecución de la obligación y el lugar de la situación de la cosa, pudiendo el actor elegir uno de ellos.

Sin embargo, la elección de estos fueros especiales concurrentes no es absoluta, la ley exige para que pueda elegirse el fuero de la celebración del contrato o el de la situación de la cosa mueble objeto de la acción, que el demandado se encuentre en el mismo lugar. Si no se da esta circunstancia, no se puede elegir uno de estos fueros en lugar del fuero del domicilio o del fuero de la ejecución de la obligación. Quiere con ello la ley evitar perjuicios o trastornos graves al demandado citado a juicio fuera de su domicilio o residencia por la mera circunstancia de haberse celebrado allí el contrato o de encontrarse en ese lugar la cosa mueble objeto de la acción, perjuicios que no se producen si él se halla en dichos lugares, pues en este caso puede atender a su defensa, preparar sus pruebas o nombrar sus apoderados, poniéndose a salvo de sorpresas desleales.

En todo caso, la disposición que comentamos, permite al demandado por una cosa mueble que tuviere consigo fuera de su domicilio, dar fianza para responder de ella ante el tribunal competente de su propio domicilio, recobrando así todo su imperio, el fuero general y personal del demandado.

El Art. 41 de nuestro código, no contempla la materia comercial. Entre nosotros, la cuestión es tratada en el Art. 1.094 del Código de Comercio, que establece:

"En materia comercial son competentes:

El juez del domicilio del demandado.

El del lugar donde se celebró el contrato y se entregó la mercancía.

El del lugar donde deba hacerse el pago".

juez mercantil pueda considerarse establecida en el "lugar donde se celebró el contrato y se entregó la mercancía", es necesario que la entrega de la mercancía haya ocurrido *de hecho* en el mismo lugar de la celebración del contrato y no que haya sido simplemente convenida allí y después entregada la mercancía en otra parte[12].

85. *Concurrencia del fuero general o personal con los fueros especiales o reales*

Cuestión vivamente discutida en la jurisprudencia y en la doctrina venezolanas, ha sido la de aclarar si los fueros especiales, reales u objetivos previstos en el Art. 76 del código de 1916, son concurrentes o no con el fuero general, personal o subjetivo contemplado en el Art. 75 del mismo código.

Cierta jurisprudencia del más Alto Tribunal de la República, había considerado que la regla general de la competencia territorial, establecida en el Art. 75, no cedía sino ante las excepciones establecidas en el Art. 76 y fijaba de este modo una especie de relación de precedencia entre ambos fueros, contraria a toda idea de concurrencia[13].

Esta interpretación fue acogida por Marcano Rodríguez, quien sostiene que sólo en defecto de domicilio del demandado entran a regir los fueros especiales del Art. 76, los cuales considera *subsidiarios* y *excepcionales* respecto del fuero general del domicilio[14].

Debe observarse –expresa Marcano– que los Arts. 75 y 76 tienen caracteres jurídicos opuestos. El primero, que asume la regla general *actor sequitur forum rei,* es sencillamente *preceptivo*: ordena que la acción personal y la real sobre bienes muebles *"se propondrán"* en el domicilio del demandado, y en defecto de domicilio en el lugar de su residencia y, por último, en donde se le encuentre; el segundo es *permisivo ("pueden proponerse"),* y la competencia que asigna a la autoridad judicial del lugar donde se haya contraído o en que deba ejecutarse la obligación o donde se encuentre la cosa mueble

12. Cfr. Conforme: MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile.* 2ª Ed., Vol. II, p. 253. En contra: RICCI, *Commento al Codice di Procedura Civile Italiano.* 6ª Edic. Firenze 1890. Vol. I, p. 179.
13. Cfr. *Corte Federal y de Casación.* Memoria año 1937. Tomo I, p. 194.
14. Cfr. MARCANO RODRIGUEZ, *Apuntaciones,* cit. Vol. II, pp. 27 y 30.

objeto de la acción, como excepcional que es, no ha lugar si
cuando sea imposible ocurrir a la establecida en aquella
gla general.

Así apuntada la diferencia, Marcano concluye que el actor
tiene facultad de optar por el tribunal que mejor le plazca
que teniendo el deudor un domicilio o una residencia cono
dos, no puede demandarlo ante cualquiera de las autori
des que menciona el Art. 76, porque éstas son indudablem
te, competencias subsidiarias de las primeras[15].

La cuestión dio ocasión para un magistral estudio de Lore
en el cual denuncia los errores de interpretación en la teo
de la competencia territorial, bajo el código de 1916.

De los términos en que están redactados los Arts. 75 y
–explica Loreto– no puede sacarse argumento alguno, just
valedero para sustentar la opinión de que por cuanto er
primero el legislador empleó la frase "se propondrán" y er
segundo "se pueden proponer también", dispuso que los tí
los de competencia determinados en el Art. 76 fueran sul
diarios de los determinados en el Art. 75. La interpretac
gramatical así desarrollada sería manifiestamente vicio
El futuro imperfecto del verbo "proponer" empleado er
contexto del Art. 75 –agrega Loreto– no está dirigido a de
tar imperatividad ni precedencia rigurosa en los títulos
competencia que allí se mientan respecto de los indicados
el artículo siguiente, sino simplemente expresa que el *for*
domicilii rei es el *general* y *común* para conocer de toda es
cie de acciones, personales y reales mobiliarias, que de
intentarse contra él. Como fuero común y general que e
del domicilio del reo, allí deberá ocurrir normalmente el
tor para demandarle. No otro sentido normativo tienen
diferentes desinencias del verbo "proponer" que se advier
en ambas disposiciones: en la primera la forma usada
dirigida a expresar un sentido de generalidad, de regla
mún; en la segunda denota un sentido de especialidad
regla particular. En nada se mienta una intención de qu
establecerse una relación subsidiaria obligada entre un

15. Con anterioridad a MARCANO, nuestro comentarista BORJAS, ob. cit., V
p. 190, había sostenido que la disposición del Art. 76 hace excepción a la
general del domicilio, pero que ha sido establecida en favor del actor
puede, por tanto, usar o no de ella, escogiendo lo que mejor le plazca ent
diversas autoridades competentes.

otros títulos de competencia. Antes por el contrario –concluye Loreto–, el adverbio "también", empleado en el Art. 76 tiene el hondo significado de afirmar la voluntad de igualdad existente entre los títulos allí establecidos con los del Art. 75, por cuanto se permite que las acciones personales y las reales mobiliarias se puedan proponer igualmente ante las autoridades judiciales que determinan los títulos que surten fueros especiales[16].

Esta enseñanza de Loreto, puede considerarse hoy pacífica entre nosotros, refleja la doctrina tradicional de la casación venezolana sobre la cuestión[17], y fue acogida en el Artículo 41 del nuevo código para evitar interpretaciones discordantes.

86. *Fueros competentes para las demandas relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles*

Conforme al Artículo 42 del Código de Procedimiento Civil, "Las demandas relativas a derechos reales sobre bien inmuebles se propondrán ante la autoridad judicial del lugar donde esté situado el inmueble, la del domicilio del demandado o la del lugar donde se haya celebrado el contrato, caso de hallarse allí el demandado; todo a elección del demandante".

Se determina en esta disposición la competencia de la autoridad judicial, en los casos de demandas relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles, en razón del lugar donde está situado el inmueble *(forum rei sitae)*, o la del domicilio del demandado *(forum domicilii)*, o la del lugar donde se haya celebrado el contrato *(forum contractus)*, caso de hallarse allí el demandado y se establece entre los diversos fueros una relación de *concurrrencia*, que permite al demandante *elegir* uno de ellos para proponer su demanda.

16. Cfr. LORETO, *Errores de interpretación en la teoría de la competencia territorial*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*, cit. pp. 58-59. Para el derecho italiano, sosteniendo la concurrencia de los fueros de los artículos 90 y 91 del Código de 1865. Cfr. MORTARA, *Commentario del Codice e delle leggi di Procedura Civile*, Vol. II, p. 246. GAGLIO, Attilio, *Competenza civile*, en *Nuovo Digesto italiano*. Vol. III, p. 459, Nº 6. En relación con los Arts. 19 y 20 del código italiano de 1942. Cfr. ANDRIOLI, *Commento*, cit. Vol. I, p. 90. Nº 20, III. D'ONOFRIO, Paolo, *Commento al Codice di Procedura Civile*, Vol. I, p. 39, Nº 57. MICHELI, CORSO, cit. Vol. I, p. 135. Los antecedentes históricos que apoyan la concurrencia de estos fueros en las fuentes del derecho romano, del derecho español antiguo y del derecho común, han sido rigurosamente examinados y expuestos por LORETO, ob. cit.

17. Cfr. *Corte Federal y de Casación*. Memoria año 1936, p. 277. IDEM, Memoria año 1944, Tomo I, p. 122.

El *forum rei sitae* es un fuero real, o especial, que está det
minado no por las vinculaciones personales del demanda
con la circunscripción territorial, sino por la circunstan
real y objetiva de la situación de la cosa en una determina
circunscripción territorial y por la naturaleza real e inmo
liaria de la acción intentada.

Ya hemos visto (*supra:* n. 29) que según la antigua clasifi
ción de la acciones, la *acción real* es aquella en que se pret
de un señorío jurídico sobre un objeto, vale decir, aquella
que se hace valer un *derecho real*; pero para determinar
este caso el fuero especial de la situación de la cosa, la
exige algo más: que la acción real sea relativa a un bien
mueble. Por tanto, el *forum rei sitae* contemplado en este
tículo 42, depende del carácter *real* del derecho objeto de
demanda y de la naturaleza *inmueble* de la cosa sobre
recae ese derecho.

Son muy variadas las acciones reales inmobiliarias que pued
proponerse ante el fuero de la situación de la cosa: entre otr
las que tienen por objeto la propiedad, el usufructo, las se
dumbres prediales, el deslinde, la devolución del fundo enfit
tico, etc.; sin embargo, en algunos casos han surgido duda
vacilaciones en la doctrina y en la jurisprudencia acerca d
procedencia del *forum rei sitae*, como ha ocurrido con las ac
nes puramente declarativas, las de simulación, las de nulic
de trasmisiones inmobiliarias, las hipotecarias y otras.

a) Se ha negado la procedencia del *forum rei sitae* cua
en la demanda se pide solamente el reconocimiento del de
cho de propiedad sobre un inmueble poseído por el deman
do, pero no se pide la entrega del inmueble; y se ha senten
do que "el juez del lugar donde está situado el inmueble n
competente para las acciones mero declarativas de derec
reales inmobiliarios"[18].

El error de este pronunciamiento es evidente: olvida qu
fundamental para determinar el *forum rei sitae* es qu
causa sea relativa a un derecho real sobre bienes inmuebl
no la naturaleza declarativa o de condena de la acción p
puesta. La demanda de mera declaración del derecho de p
piedad sobre un inmueble, no altera el carácter real del de

18. Cfr. *Rivista di Diritto Processuale*. 1954, II, p. 194.

cho invocado sobre el inmueble, que es el supuesto necesario para la vigencia del *forum rei sitae*[19].

b) Más difícil se presenta la cuestión en relación a la *acción de simulación*. Generalmente se reconoce a esta acción la naturaleza *declarativa*, porque ella tiende, no a la condena del obligado a una prestación, sino a hacer reconocer la inexistencia de una relación jurídica o la existencia de otra distinta[20].

Mas, como hemos observado anteriormente, el *forum rei sitae* depende del carácter *real* del derecho que es objeto de la demanda y no de la naturaleza de *condena* de la acción, en vez de *mero declarativa*. En la doctrina y en la jurisprudencia ha sido muy discutido el carácter real o personal de la acción de simulación, especialmente por el no reconocimiento por parte de los autores modernos, de la existencia y de la índole de las acciones mixtas[21]. Nosotros pensamos que la acción de simulación no es por su esencia personal ni real, del mismo modo en que no puede reconocérsele carácter esencialmente civil ni comercial, como han pretendido algunos. La naturaleza personal o real de la acción de simulación, lo mismo que su carácter civil o mercantil, depende de la naturaleza del derecho del cual nace el interés en proponer la acción de simulación, porque esta acción tiene una *función de garantía*, tendiente a eliminar toda incertidumbre al derecho y a asegurar por anticipado su ejercicio contra un posible estado de hecho contrario. Así, cuando la acción de simulación se ejercita por uno de los autores de la simulación contra el otro, para obtener la declaración de inexistencia del contrato en que le hizo la traslación de la propiedad de su inmueble, es evidente que con ella se busca la tutela del derecho de propiedad sobre el inmueble y que de este derecho nace el interés legítimo en remover la apariencia del contrato por medio de la acción de simulación, que asume el carácter de acción real en este caso. Pero cuando la acción de simulación es propues-

19. Cfr. Conforme: CARNELUTTI, *Idee chiare in tema di competenza per territorio*, en *Rivista di Diritto Processuale*, loc. cit. En contra: CHIOVENDA, *Principios*, cit. Vol. I, p. 698, quien considera que las acciones declarativas no son acciones reales en sentido estricto porque no tienden a la actuación de un derecho real.
20. Cfr. Conforme: FERRARA, *Simulazione dei negozi giuridici*, en *Nuovo Digesto Italiano*. Vol. XII, Parte 1ª p. 318. IDEM, *La simulación de los negocios jurídicos*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 405.
21. Cfr. Para toda esta problemática véase CAGNETTA, Luigi. *Simulazione*, en *Digesto Italiano*. Vol. XXI, parte 3ª, p. 420.

ta, v. gr., por un tercero contra los autores de la simulac
con la finalidad de asegurar la ejecución del crédito que h
valer en la misma demanda contra el verdadero propiet
del inmueble, no cabe duda, a nuestro parecer, de que en
caso la acción de simulación tiene carácter *personal*, por
el interés en su ejercicio nace de la necesidad de tutela
derecho de crédito objeto de la demanda, y la acción de si
lación no tiene en este caso otra función sino la de garantí
aquel derecho de crédito, al hacer posible el aseguramie
de su ejecución, mediante la remoción de la apariencia
dominio sobre el inmueble objeto de la simulación.

c) En cuanto a las *acciones de nulidad de transmisió*
inmobiliarias, y en general, en todas aquellas que tienen
objeto la restitución de un inmueble como consecuencia
declarada resolución, rescisión o nulidad del contrato
transmisión, nos parece clara su naturaleza *personal*,
vez que el objeto de la demanda es una relación de obliga
y la restitución del inmueble no es sino la consecuencia
lege, de la declarada nulidad, resolución o rescisión de la
ción misma, de modo que no puede considerarse prevalen
derecho real sobre el derecho personal a la restitución

d) Finalmente, las acciones que se derivan del derech
hipoteca, son acciones reales inmobiliarias y correspond
forum rei sitae. Se excluyen de esta categoría, algunas a
nes que tienen relación con la hipoteca, pero que son e
cialmente personales, tales como la acción para obten
cancelación de una hipoteca a causa de la extinción del d
por pago, o prescripción, o por la inexistencia del mism
que tiene por fin declarar la nulidad del registro de la hi
ca por vicios intrínsecos o extrínsecos y la acción para s
mento de hipoteca en los casos previstos en el Art. 1.89
Código Civil, en todas las cuales la pretensión que se
valer en el juicio se refiere a una relación de obligación,
persigue la defensa del derecho real de hipoteca[23].

22. Cfr. Conforme: MICHELI, Corso, cit. Vol. I, p. 136. En contra: CHIOVENDA,
pios, cit., Vol. I, p. 699, quien considera que cuando además de la resci
pide la entrega del inmueble, se está en presencia de una acción reivin
ria *condicionada*, combinada con la acción de rescisión para el caso de q
sea estimada y, por tanto, el pleito pertenece al *forum rei sitae*. Cfr.
Forense Nº 24 (2ª etapa), pp. 244 y ss. en que se acoge esta última pos
23. Cfr. Para todas estas distinciones: MORTARA, *Commentario*, cit. Vol. II, p

e) La disposición del Art. 42 concluye regulando la hipótesis de que el inmueble esté situado en territorio correspondiente a dos o más jurisdicciones, y establece que la demanda se podrá proponer ante la autoridad de cualquiera de ellas, a elección del demandante; sistema éste, más sencillo que el adoptado en otras legislaciones, en las cuales se somete el conocimiento del asunto a la competencia del juez del lugar en que se encuentra la parte del inmueble que paga más impuesto, o ante la de aquella porción en que residan el reo o el demandante, etc.[24].

Puede ocurrir la duda acerca de cuál de los inmuebles determina el fuero, cuando se trata de acciones de servidumbre entre inmuebles situados en circunscripciones territoriales diferentes, no obstante ser vecinos los fundos. Entre nosotros, la solución propuesta por Borjas nos parece jurídicamente fundada, al considerar que siempre en estos casos, ya se trate de una acción confesoria de servidumbre o de una negatoria, el inmueble de que se trata es el del demandante, porque en el primer caso, se trata de asegurar un derecho del demandante, derecho del predio dominante, derecho afirmativo, en la acción confesoria, y en el segundo, se trata del derecho de no ser tenido como fundo sirviente, derecho negativo en la acción negatoria. Pero en ambos casos, el inmueble de que se trata en la demanda es el del actor[25].

87. *Fuero de la apertura de la sucesión*

De conformidad con el Artículo 993 del Código Civil, la sucesión se abre en el momento de la muerte y en el lugar del último domicilio del *de cujus*. Siendo la herencia una universalidad de bienes –derechos y obligaciones– que pasa al abrirse la sucesión a los herederos del *de cujus*, testamentarios o no, quedando éstos investidos con el carácter de comuneros a título universal *(universum jus defuncti)*, la ley ha querido investir al lugar de la apertura de la sucesión con el carácter de fuero especial *(forum apertae successionis)* para el conocimiento de las demandas enumeradas en el Art. 43 del Código de Procedimiento Civil, por suponer que allí debe encontrarse la mayor parte de los bienes, así como los títulos

24. Cfr. Art. 93 Código de Procedimiento Civil Italiano de 1865. IDEM, Art. 21 código de 1942. Cfr. BORJAS, *Comentarios*, cit. Vol. I, p. 194.
25. Cfr. BORJAS, *Comentarios*, loc. cit.

correspondientes y las relaciones que interesan a los her
ros y a otras personas.

Estas demandas, enumeradas en el Art. 43 del código, so
siguientes:

"1º. Las demandas sobre partición y división de la here
y de cualesquiera otras entre coherederos, hasta la divis

2º. Las demandas sobre rescisión de la partición ya hech
sobre saneamiento de las cuotas asignadas, con tal de qu
propongan dentro de un bienio a contar de la partición.

3º. Las demandas contra los albaceas, con tal de que se
tenten antes de la división, y si ésta no es necesaria, de
de un bienio, a contar de la apertura de la sucesión.

4º. Las demandas de los legatarios y los acreedores d
herencia, si se proponen en los términos indicados en los
meros precedentes.

Cuando la sucesión se haya abierto fuera de la Repúb
todas estas demandas podrán proponerse en el lugar do
se encuentre la mayor parte de los bienes existentes de
del territorio nacional, salvo disposiciones especiales.

La competencia que establece este artículo no excluye la
domicilio, pero, siendo más de uno los demandados, debe
todos tener un mismo domicilio, para que pueda propone
demanda ante el Tribunal a que ese domicilio correspond

Como se ve de la disposición anterior, las características
nerales de este fuero son las siguientes:

a) Es un fuero *especial* o *real*, determinado por la vincula
de las acciones allí enumeradas o de la relación controvert
con el lugar donde se abrió la sucesión, y limitado al co
miento de dichas acciones, con exclusión de todas las den

b) Es un fuero *concurrente* con el fuero general del *dom*
lio, pero condicionada esta concurrencia a la existencia d
domicilio común, cuando son varios los demandados.

c) Es un fuero *transitorio* o temporal, porque cesa en u
casos al realizarse la división o participación de la here
(acciones sobre petición y división de la herencia y de cua
quiera otras entre coherederos); en otros, después de un
nio, a contar de la partición (acciones sobre rescisión d

partición ya hecha y sobre saneamiento de las cuotas asignadas) y finalmente, después del bienio, a contar de la apertura de la sucesión (acciones contra los albaceas).

d) El fuero especial de la apertura de la sucesión no rige cuando se trata de disolver una comunidad no hereditaria, sino ordinaria, originada en la adquisición a título particular *(ut singuli)* de bienes determinados, sin vestigios de universalidad, porque en tales casos no se trata de partición de bienes hereditarios[26].

88. *Fuero para las demandas entre socios*

Conforme al Artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, "La demanda entre socios se propondrá ante la autoridad judicial del lugar donde se halle el domicilio de la sociedad." "Se propondrán ante la misma autoridad judicial las demandas entre socios, aun después de disuelta y liquidada la sociedad por la división y por las obligaciones que se deriven de ésta, con tal de que se propongan dentro de un bienio a partir de la división. Esto sin perjuicio de que pueda intentarse la demanda ante el tribunal del domicilio en los términos que expresa el aparte último del artículo 43".

Se establece en esta disposición un fuero especial para las demandas entre socios, que es el tribunal del lugar donde se halle el domicilio de la sociedad.

Debe entenderse que el *domicilio* de la sociedad es el lugar donde está situada su dirección o administración, salvo disposición contraria de los estatutos sociales[27].

El fuero especial establecido en esta norma, concurre con el fuero general del domicilio, con la salvedad de que si fueren varios los demandados, deberán todos tener un mismo domicilio para que pueda proponerse la demanda ante el tribunal a que ese domicilio corresponda.

El fuero especial de la sociedad rige en todo caso, durante la existencia de la sociedad, pero se extingue después de disuelta y liquidada ésta, vencido el plazo de un bienio a contar de

26. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 26 (2ª etapa), p. 258. Cfr. MARCANO RODRIGUEZ, ob. cit. Vol. II, p. 54.
27. Argumento del Art. 28 Código Civil y Art. 203 Código de Comercio.

la división, recobrando así todo su imperio el fuero ger
del domicilio.

Como la regla se refiere a las demandas entre socios, h
entenderse que se trata de las demandas de éstos entre
de los socios contra la sociedad, y viceversa, pero no la
mandas de terceros contra los socios o contra la socied
las de éstos o de la sociedad contra terceros. En estos c
no rige el fuero especial de la sociedad, sino el fuero ge
de las personas y los especiales que concurren con él, s
las normas ya estudiadas.

89. *Fuero para las demandas sobre rendición de cuent una tutela o de una administración*

Este fuero especial está previsto en el Art. 45 en los térm
siguientes:

"La demanda de rendición de cuentas de una tutela o d
administración se propondrá ante la autoridad judici
lugar donde se haya conferido o ejercido la tutela o la a
nistración o ante el tribunal del domicilio, a elección d
mandante. Esto sin perjuicio de lo establecido en el ú
aparte del Artículo 43".

La presente regla contiene una concurrencia electiva d
ros para las demandas sobre rendición de cuentas d
tutela o de una administración. El actor puede elegir la
ridad judicial del lugar del *conferimiento* o del *ejercicio*
tutela o de la administración, o el del *domicilio* del dem
do, pero en este caso, remite a la exigencia del Art. 43, e
que siendo más de uno los demandados, deberán tener
un mismo domicilio para que pueda proponerse la dem
ante el tribunal a que ese domicilio corresponda. En
contrario, si siendo varios los demandados, cada uno d
tiene un domicilio distinto, el fuero del domicilio no co
con los demás, y la demanda tiene que proponerse nece
mente, a elección del demandante, ante el tribunal del
del conferimiento de la tutela o de la administración, o a
del ejercicio de ellas. Nuestra legislación es así más a
en este punto, que la italiana de 1865 y que la frances
belga, en las cuales no se admite esta concurrencia
fuero general del domicilio.

Se discute entre los autores, si la palabra *administ*

empleada en el Art. 45 está referida solamente a la que es conferida por un nombramiento judicial, o si comprende también a la administración que tiene su origen en un contrato, o en la ley, como ocurre con la administración que ejerce el padre de los bienes de sus hijos menores. La doctrina más autorizada, sostiene que "administración" no significa "administración conferida por el juez", y que una administración conferida por la ley, como la del padre, no es menos afín a la administración tutelar de lo que lo sea un encargo dado por el magistrado para cualquier fin particular y transitorio[28].

90. *Renuncia de domicilio y domicilio de elección*

La Sección que estamos estudiando, relativa a la competencia territorial, concluye con dos disposiciones paralelas contenidas en los Artículos 46 y 47 del Código de Procedimiento Civil.

Según la primera: "Cuando el obligado haya renunciado su domicilio podrá demandársele en el lugar donde se le encuentre", y conforme a la segunda: en el caso de haberse elegido domicilio, la demanda podrá proponerse ante la autoridad judicial del lugar que se haya elegido como domicilio.

Ya nos hemos referido a estas disposiciones, cuando tratamos del carácter privado y *prorrogable* de la competencia territorial (*supra:* n. 66 d). Ellas no son más que dos manifestaciones del carácter *relativo* o *prorrogable* de la competencia territorial ordinaria, en contraposición con el carácter *absoluto* o de orden público de la competencia por la materia, por el valor de la demanda y la territorial a que se refiere la última parte del Artículo 47.

La *renuncia* del domicilio, releva al actor de la obligación de seguir el fuero del demandado *(actor sequitur forum rei)* y es un acto unilateral, que no sustituye el domicilio renunciado por otro determinado, sino que coloca al obligado en la situación de los que no tienen domicilio ni residencia conocidos, prevista en el Art. 40, en cuyo caso puede demandársele donde se le encuentre.

En cambio, la *elección* de domicilio es bilateral, es un convenio para prorrogar la competencia territorial *(pactum de foro*

28. Cfr. En este sentido MORTARA, *Commentario*, cit. Vol. II p. 198. Conforme: BORJAS, ob. cit. Vol. I, Nº 103. FEO, ob. cit. Vol. I, p. 159.

prorrogando) y sustituir el domicilio de elección al fuer
neral o especial señalado en la ley.

Sin embargo, la elección de domicilio no tiene efectos ab
tos, es meramente facultativa, de modo que el demand
no está en la obligación de seguir el domicilio elegido y
concurre con el fuero ordinario establecido en la ley. Para
la elección tenga carácter imperativo y no meramente f
tativo, es necesario que las partes contractualmente a
establezcan y excluyan expresamente la libertad de esco
cia de otro fuero.

Ha de entenderse, que la prórroga de la competencia ter
rial por elección de domicilio, no puede violar las reglas
competencia por la materia y por el valor de la demanda
tanto, hecha la elección de domicilio con referencia a lo
bunales de una ciudad o distrito, se entiende que solam
aquellos competentes por la materia y por el valor en el t
torio elegido, son los competentes para conocer de la de
da. Asimismo, cuando la elección se hace indicándose no
ciudad o distrito especialmente fijados, sino un Estado o
cunscripción Judicial, dentro de los cuales hay distinta
toridades judiciales que aunque con jurisdicción territ
diferente, son iguales en categoría por la materia y p
valor, la competencia está prorrogada a todas esas auto
des y las partes pueden intentar sus acciones ante cualq
de ellas, haciendo nacer así por obra de la elección del do
lo, una concurrencia de competencia.

Finalmente, la elección de domicilio debe constar por es
(Art. 32 C.C.), pero esto no excluye la posibilidad de una pr
ga tácita de la competencia territorial que se produce cu
siendo incompetente por el territorio el tribunal ante el cu
ha propuesto la demanda, no obstante, el demandado no
valer la respectiva cuestión de incompetencia como se indi
el Artículo 346. En este caso, la competencia territorial del
queda tácitamente prorrogada, sin que pueda hacerse
después por la parte la incompetencia no alegada, ni tam
hacerla valer oficiosamente el tribunal[29].

29. Argumento del Artículo 60 C.P.C. Cfr. en igual sentido: *Gaceta Forense,*
(2ª et.) Vol. I, p. 157.

CAPITULO V

MODIFICACIONES DE LA COMPETENCIA POR RAZON DE CONEXION Y CONTINENCIA

SUMARIO

91. *Introducción*

En el presente Capítulo nos ocuparemos de las causas modificadoras de la competencia por razón de conexión y continencia, de que trata el código en la Sección III del Título I del Libro Primero.

Nuestro código abandonó la vieja tradición jurídica, que ya no es seguida en los códigos modernos, que consideraba a la conexión y a la continencia como títulos determinativos de competencia, porque en realidad la conexión y la continencia no funcionan como presupuestos de hecho para que un tribunal pueda ejercer su jurisdicción en determinados casos, sino más bien como causas modificadoras de las reglas ordinarias de competencia, en tanto dan lugar al desplazamiento de la competencia de un juez que conoce legítimamente de una causa en razón de la materia, del valor y del territorio, en favor de otro igualmente competente que conoce de una causa continente o conexa con ella[1].

En tales casos, tanto para asegurar la economía procesal, impidiendo la multiplicación de los juicios, como para evitar el riesgo de que se dicten sentencias contrarias o contradictorias en asuntos entre sí conexos, la ley quiere que ambas causas sean tratadas ante un solo juez *(idem iudex)* y decididas contemporáneamente en un solo proceso *(simultaneus processus)*.

1. Cfr. Código de Procedimiento Civil italiano de 1942. Arts. 31 a 36 y Arts. 39-40. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. II, p. 130. Cfr. MICHELI, Corso, cit. Vol. I, p. 145. Cfr. SATTA, *Diritto Processuale Civile*, 2ª Ed. 1950, p. 24. Cfr. RENGEL-ROMBERG, Arístides. *Bases para una reforma del Código de Procedimiento Civil venezolano*, en *Revista de la Facultad de Derecho*. Universidad Central Nº 8. p. 215.

De acuerdo con las reglas ordinarias de competencia, y… diadas, para determinar en concreto el juez ante el cua… proponerse la demanda, es necesario averiguar, primero, … tipo de jueces, entre los varios que se distribuyen vertical… el conocimiento de las causas por la materia y por el… corresponde la competencia en el caso concreto, y luego, … segundo momento, es necesario determinar también, … los jueces de aquel tipo, entre los varios que se distribuye… zontalmente, por el territorio, el conocimiento de la mism… sa, es el competente para conocer de ella. Realizadas co… mente estas determinaciones, sabemos cuál es en conc… juez competente para conocer de la demanda.

Pero, ahora, ante la posibilidad de que varios jueces, igua… te competentes, puedan entrar a conocer de causas di… pero conexas entre sí, la ley quiere, por economía pro… para evitar el riesgo de sentencias contrarias o contradic… que la competencia de uno de dichos jueces se desplace e… ficio del otro, para que sea un solo juez, en un solo pro… que decida contemporáneamente ambas causas.

92. *Fundamento de estas modificaciones*

De lo dicho se infiere que el fundamento de estas modif… nes de la competencia es de orden privado y se enc… esencialmente en las *relaciones* que pueden darse entr… más causas y en la *economía* procesal. Por ello, para l… inteligencia de las disposiciones pertinentes, es nec… examinar previamente esas relaciones entre causas … pués el tratamiento concreto que les da el nuevo códig… Sección que estudiamos.

La cuestión de las relaciones entre causas, la estudia … trina moderna, especialmente los seguidores de Chio… como un problema de relaciones entre acciones, dentr… doctrina general de la *"identificación de las acciones"*, … para conocer la relación existente entre una acción … quiere proponer y otra ya propuesta o ya decidida, es n… rio proceder a su identificación, que es "la operación … cual se confrontan entre sí varias acciones a fin de esta… si son idénticas o diversas"[2].

2. Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit. Vol. I, Nº 108. Cfr. CALAMANDREI, *Istituz…* Vol. I, p. 133. Cfr. LIEBMAN, *Manuale*, cit. Vol. I p. 72.

Sin embargo, como la acción es para Chiovenda y sus seguidores un *derecho concreto,* que corresponde al que tiene razón, es obvio que la acción sólo puede considerarse existente cuando un pronunciamiento definitivo sobre el mérito, así la declare, y por tanto, resulta jurídicamente incongruente, hablar de identificación de las acciones cuando éstas no han sido reconocidas por sentencia firme y se encuentran simplemente propuestas en la demanda. Por ello, para superar esta dificultad, Chiovenda reduce el problema de la identificación de las acciones a un problema de *identificación de las demandas,* y Calamandrei, a un problema de *identificación de causas*[3].

Como para nosotros la acción no es un derecho concreto, sino *abstracto,* que se diferencia claramente de la *pretensión* y de la *demanda* (*supra:* n. 26-27), el problema de la llamada *"identificación de acciones"* se reduce al problema de *identificación de pretensiones,* y el de las relaciones entre acciones al de *relaciones entre pretensiones.* Sin embargo, en atención a que estas distinciones todavía hoy son controvertidas en doctrina, usaremos la expresión "causa" cuando propiamente debería decirse "pretensión", pero no sin antes haber hecho la advertencia correspondiente.

93. *Relaciones entre causas (o pretensiones)*

En toda causa pueden distinguirse tres elementos: *personae, petitum* y *causa petendi,* o sea: los *sujetos,* el *objeto* y el *título*[4]. Son los mismos elementos, con alguna variación terminológica, indicados en el Artículo 1.395 del Código Civil, al establecer las tres identidades que deben darse para la procedencia de la cosa juzgada: "...que la *cosa* demandada sea la misma; que la nueva demanda esté fundada sobre la misma *causa* (*rectius*: título); que sea entre las mismas *partes* y que éstas vengan al juicio con el mismo carácter que en el anterior". La exposición detallada de estos elementos, será hecha más adelante, al tratar de la pretensión; por ahora, a los fines del presente tema, es suficiente su simple enunciado.

Pues bien, entre dos o más causas, pueden darse relaciones más o menos estrechas, según que tengan en común la totali-

3. Cfr. CHIOVENDA, ob. y loc. cit. CALAMANDREI, ob. y loc. cit.
4. Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit, Vol. I, Nº 109. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. I, p. 136. Cfr. MICHELI, Corso, cit. Vol. I. p. 32. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 135 (3ª et.) Vol. III, p. 1340.

dad de dichos elementos o solamente algunos de ellos. P
descubrir esas relaciones, basta confrontar una causa
otra y examinar los elementos de ambas para determina
son idénticas o si solamente hay entre ellas la comunida
algunos de dichos elementos.

Cuando una de las causas que se confrontan ha sido ya de
da por sentencia firme al momento de proponerse la otr
problema se reduce a la procedencia de la *excepción de*
juzgada, que estudiaremos en su oportunidad. Pero cua
ninguna de las causas ha sido decidida y se encuentran sim
mente propuestas ante jueces diferentes, entran en funció
disposiciones que estamos estudiando, sobre las modifica
nes de la competencia por conexión o por continencia de
causas. Si las causas penden ante un mismo juez, la reunió
ellas se logra por aplicación de las disposiciones sobre *acu*
lación de autos, que estudiaremos más adelante.

94. *Litispendencia*

La relación más estrecha que puede darse entre dos o
causas, es la de identidad absoluta, denominada por la
trina "litispendencia".

Se da esta relación cuando las causas tienen en comú
tres elementos indicados: los sujetos, el objeto y el títu
causa petendi, en tal forma que la ley, en este caso, no h
de dos o más causas idénticas, sino de "una misma ca
propuesta ante dos autoridades judiciales igualmente c
petentes[5].

Son ejemplos de esta relación, el caso en que un mismo ac
dor proponga contemporáneamente, contra el mismo deu
la misma causa de cobro del crédito ante dos jueces diver
el del domicilio del deudor y el del lugar donde debe ejecu
se la obligación. O el caso en que el propietario del fund
propone la demanda de servidumbre de paso contra el
pietario del fundo B, ante el juez del lugar en que se enc
tran ambos fundos, y contemporáneamente, el propiet
del fundo B, propone la demanda *negatoria* de servidum
para hacer declarar la no existencia del gravamen, cont

5. Cfr. CALAMANDREI, *stituzioni*, cit. Vol. I, p. 142. MICHELI, Corso, cit. Vol. I,p
SATTA, ob. cit. p. 33. Cfr. ZANI, Gino, *Litispendenza*, en *Nuovo Digesto ita*
Vol. VII, p. 989, Nº 4-5. Cfr. Art. 61 C.P.C. venezolano.

propietario del fundo A, ante el tribunal del domicilio de éste, que es diferente de aquél.

En estos casos, en que ambas causas tienen los mismos elementos, y por tanto, antes que de dos causas diferentes, se trata de una misma causa propuesta dos veces, la ley no quiere que sean decididas ambas por jueces distintos, porque se corre el riesgo de decisiones contrarias en un mismo asunto y por ello establece la extinción de la causa en la cual se haya citado al demandado posteriormente. Es lo que dispone el Artículo 61 C.P.C., así: "Cuando una misma causa se haya promovido ante dos autoridades judiciales igualmente competentes, el tribunal que haya citado posteriormente, a solicitud de parte y aun de oficio, en cualquier estado y grado de la causa declarará la litispendencia y ordenará el archivo del expediente, quedando extinguida la causa. Si las causas idénticas han sido promovidas ante el mismo tribunal, la declaratoria de litispendencia pronunciada por éste, producirá la extinción de la causa en la cual no se haya citado al demandado o haya sido citado con posterioridad."

Así, el juez que conoce de la causa en la cual ha sido citado primero el demandado para la contestación de la demanda (juez de la prevención), afirma su competencia sobre el asunto, y la causa idéntica, donde no ha sido citado el demandado, o lo ha sido con posterioridad, se extingue.

El sistema acogido en el Código de 1916 consistía, en esencia, en acumular ambas causas para que fueran decididas por el mismo juez *(idem iudex)* y en un solo proceso *(simultaneus processus)*, lo que en la práctica era fuente de dilaciones, y de utilización de la facultad con manifiesta mala fe procesal, de parte de litigantes inescrupulosos, que lograban así detener un proceso en curso avanzado, proponiendo nuevamente la misma demanda ante otro juez igualmente competente. La corruptela no es posible bajo el nuevo sistema del Código, según el cual, declarada la litispendencia por el juez que realizó la citación en último lugar, dispone la extinción de la causa y desde ese momento no existe más la segunda causa y queda solamente con vida aquella pendiente entre el juez de la prevención[6].

6. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. II, p. 134. Cfr. ANDRIOLI, *Commento*, cit. Vol. I, p. 135.

95. *Continencia*

Otra relación entre causas es la denominada por la doct
relación de "continencia" o litispendencia parcial.

Se da esta relación cuando una causa más amplia, llar
causa continente, comprende y absorbe en sí a otra m
amplia, llamada *causa contenida*[7]. Ejemplo: el acreedor
al deudor el pago de los intereses de un préstamo ante e
del domicilio del deudor y después, ante el juez del lugar
de debe ejecutarse la obligación, le demanda el cobro del
tal y de los mismos intereses. El objeto de la causa relat
los intereses está comprendido en el objeto de la causa
amplia: capital más intereses, y esta última causa (cont
te) comprende y absorbe en sí a la primera (contenida

Otro ejemplo: Entre dos litigantes está pendiente una c
en la cual el acreedor reclama al deudor el pago de los c
tos X, Y, Z, nacidos del mismo título, ante el juez del dom
del deudor. Posteriormente, el mismo acreedor deman
mismo deudor, ante el juez del lugar donde se celebró e
trato, el pago del crédito singular X, que está comprendi
la demanda anterior. La causa por los créditos X, Y, Z
por su objeto una extensión mayor que la causa relati
crédito singular X y ésta se encuentra comprendida o a
bida en aquélla, toda vez que entre los varios objetos d
se discute en la primera, está comprendido todo el obje
bre el cual se discute en la segunda. Aparece así una c
continente y una causa *contenida*, de manera que la tra
ción separada de ellas, divide o fracciona la continen
como lo expresa tan gráficamente Satta: las dos caus
son más que los fragmentos de una causa única[8]. Lo ese
pues, en la relación de continencia, es que ella se refi
aquellas causas que desde un punto de vista *cuantitati*
encuentran en una relación de continente a contenid
parte a todo, que vincula las causas continentes, y sus p
puestos fundamentales son: la identidad del elemento s
tivo (sujeto) junto con la identidad parcial del elemento
tivo (*petitum*), porque si los sujetos contendientes fu

7. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. I, p. 142. MICHELI, Corso, cit. V
146. ANDRIOLI, *Commento*, Vol. I, p. 137.
8. Cfr. SATTA, ob. cit. p. 33.

diversos, se tendrían acciones autónomas, aunque conexas por la identidad de algún elemento objetivo[9].

En los casos de continencia de causas, rige el fuero de la causa continente, a la cual se acumulará la causa contenida (Art. 51).

En las legislaciones modernas, se sigue esta doctrina, según la cual, la causa contenida es absorbida en la causa continente y decididas ambas, en un solo proceso, por el juez que conoce de la causa continente[10].

96. *Conexión genérica*

Entre dos o más causas existe la relación de *conexión,* cuando las diversas causas tienen en común uno o dos de sus elementos[11]. Esta conexión genérica se distingue claramente de las figuras anteriores: de la *litispendencia,* porque ésta exige la comunidad de los tres elementos: sujetos, objeto y título, y de la *continencia,* porque esta relación supone una causa continente y otra contenida, que no aparece en la simple relación de conexión.

---

9. El concepto de continencia ha sido elaborado fundamentalmente por la doctrina italiana moderna, siguiendo en este punto las enseñanzas de REDENTI, en *Profilii pratici del Diritto Processuale Civile,* Nº 186, pues anteriormente, salvo la aislada posición de MORTARA, en *Commentario,* Vol. II, Nº 214, la doctrina seguía el pensamiento de PESCATORE, *Sposizione compendiosa,* Vol. I. p. 168, inspirador de las normas contenidas en los Arts. 98 a 103 del Código italiano de 1865, y también la doctrina de CASTELLARI, *Della competenza per connessione* (apéndice a GLUECK), *Commentario delle Pandette,* Vol. XI, pp. 169, 312), en las cuales no se hacía distinción entre continencia y conexión. Esta vieja doctrina se refleja en nuestros comentadores patrios: así, BORJAS, ob. cit, Vol. II, p. 307, según el cual "cuando se dice que se divide la continencia de la causa se expresa la misma idea que cuando se dice que se ha roto la conexión existente entre dos o más procesos", y entiende por continencia la *unidad* que indispensablemente debe haber en los juicios, desde su iniciación hasta su decisión. Asimismo: MARCANO RODRIGUEZ, *Apuntaciones Analíticas,* cit. Vol. III, p. 475, quien define la continencia como "la comprensión en el juicio, de todos los elementos que constituyen la unidad de un proceso, a saber: las personas, las cosas, las acciones y las causas. La reunión de estos elementos forma el proceso en todos y cada uno de sus componentes y la separación de uno cualquiera de ellos produce una división de la continencia". Recientemente CUENCA, *Derecho Procesal Civil,* Vol. II. p. 82, sostiene que en la continencia las partes, los objetos y las acciones pueden ser diferentes en los distintos procesos y la acumulación se justifica; criterio que no compartimos.
10. Cfr. CALAMANDREI, ob. cit. Vol. I, p. 143, Vol. II, p. 134.
11. Cfr. CLAMANDREI, *Istituzioni,* cit. Vol. I, p. 143, Cfr. MICHELI, Corso, cit. Vol. I. p. 147. ZANI, Gino. *Connessione di causae en Nuovo Digesto italiano.* Vol. III, p. 851. COUTURE, Vocabulario Jurídico. Voz: Conexión de causas.

2) Hay conexión de causas por la comunidad de un solo elemento, siempre que este elemento común sea el *título*, aunque haya diversidad de personas y de objetos (caso 4º, Artículo 52). Ejemplo: cuando hay varios fiadores de una obligación, por montos distintos, y se reclama por el acreedor contra los fiadores, en juicios separados, la parte afianzada.

Las personas y los objetos son distintos; solamente el título es idéntico. También se da este caso cuando de un mismo hecho jurídico (contrato - hecho ilícito) se derivan pretensiones diversas a favor de personas distintas, como en el caso de reclamarse por cada pasajero contra la compañía, los daños ocasionados en el accidente del vehículo de su propiedad en que viajaban aquéllos. Las personas son distintas; los objetos reclamados (daños) también; sólo el título (hecho ilícito) es común en las varias pretensiones.

La única comunidad de un solo elemento, que en nuestro derecho produce conexión entre las causas, es la del *título*. La simple comunidad de las personas o sujetos no produce en nuestro derecho conexión a los efectos que estamos estudiando[12]. Una tal comunidad de los simples sujetos, sólo autoriza la acumulación inicial de acciones en un mismo libelo, como se verá más adelante, pero no la aplicación de las reglas que estamos estudiando. Cuando se dan las relaciones de conexión arriba indicadas, se modifica la competencia en favor del juez de la prevención *(forum praeventionis)*, conforme al Art. 51, según el cual: *"Cuando una controversia tenga conexión con una causa ya pendiente ante otra autoridad judicial, la decisión competerá a la que haya prevenido"*, y el medio procesal adecuado para hacer valer dicho fuero, es la solicitud de acumulación de autos conforme a los Artículos 79 y 80 C.P.C.

97. *Conexión específica*

Fuera de los casos enunciados, llamados por la doctrina de *conexión genérica*, porque la relación depende de la comunidad de elementos de las causas, existen otros casos, llamados de *conexión específica*, previstos en los Arts. 48, 49 y 50 del Código de Procedimiento Civil, en los cuales se produce también el desplazamiento de la competencia de uno o varios jueces en beneficio de otro, como son los casos de *conexión*

12. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 5, pp. 182-183.

objetiva, accesoriedad, garantía, compensación y recon
ción, en los cuales la conexidad viene calificada *ex lege* y
innecesario entrar al análisis de los elementos comune
dispensable en la conexión genérica.

El primero de estos casos es el de *conexión objetiva* entre
más causas, por el *objeto* de la demanda o por el *título* o l
de que dependa, en el cual se autoriza la proposición de
sola demanda (acumulación subjetiva) contra varias pers
a quienes por su domicilio o residencia debería deman
ante distintas autoridades judiciales, ante el juez del dom
o residencia de cualquiera de ellas (Artículo 49 C.P.C.).

Se consagra así una derogación de las reglas ordinarias
competencia territorial que aseguran al demandado el *f*
domicilii, y se establece una nueva regla de competenc
rritorial, la del *"fuero del litisconsorcio pasivo"*, ante e
del domicilio de cualquiera de los litisconsortes, cuand
conexión por el objeto o por el título de la causa[13].

La característica de estos procesos litisconsorciales es l
dad de la relación jurídica procesal y la autonomía d
sujetos procesales que la constituyen, en forma tal, q
actos de uno no aprovechan ni perjudican a los otros,
aquellos en que se trate de materias en que está interes
orden público o las disposiciones que regulan la relación
tantiva tengan su efecto previsto expresamente, como o
con las obligaciones solidarias y, en general, en los cas
litisconsorcio necesario[14].

Las características principales de este fuero creado p
disposición del Art. 49 son las siguientes:

a) Es un fuero facultativo para el actor, el cual puede
la autoridad judicial del domicilio o residencia de cualq
de los litisconsortes pasivos para proponer allí una so
ción contra todos, sin que los demás puedan invocar p
de excepción la prioridad de su fueron personal[15].

b) No toma en cuenta la "morada", o lugar de simple p
nencia de las personas, que según el Art. 40, concurre s

13. Cfr. En este sentido MORTARA, *Commentario*, cit. Vol. II, Nº 216.
14. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 33 (2ª etapa) p. 166.
15. Cfr. Conformes: NAPI, ob. cit. Vol. I, 1, Nº 114, SATTA, ob, cit. p. 26.

vamente con el fuero general del domicilio y de la residencia cuando éstos no son conocidos. Aquí, tratándose de una derogación específica de la regla general de la competencia territorial, la ley quiere que el establecimiento del nuevo fuero esté determinado por el domicilio o residencia de uno cualquiera de los demandados, que son datos territoriales seguros y ciertos, a fin de evitar que una *"morada"*, ocasional y temporal, pueda crear una derogación al derecho de las otras partes de acudir al juicio en su domicilio o residencia. El principio de economía procesal, no podía entrar en contraste con el principio de la mayor facilidad de defensa sancionado a favor del demandado en la regla general de la competencia territorial. Por ello, sólo en caso de coexistencia de varias partes, con diversos domicilios y residencias cada una, pueden valer las razones de oportunidades de un único juicio y justificarse la elección del fuero territorial del domicilio o residencia de las demás[16].

c) La regla del Art. 49 está referida a las normas generales de competencia *territorial*, y no a las especiales o reales, y no deroga las reglas absolutas de la competencia por la materia, la territorial inderogable, y aquella por el valor, ni los fueros exclusivos, pues los criterios de conexión implicando *derogación* de las reglas ordinarias de competencia, no son susceptibles de interpretación extensiva ni de aplicación analógica[17].

En consecuencia: 1) Cuando se deba proponer una acción contra varias personas, habiendo conexión por el objeto de la demanda o por el título o hecho de que dependa, no podrá el actor elegir el fuero *real*, competente para una sola de ellas conforme al Art. 41, si para las demás es competente el fuero personal del demandado, según la norma general del Art. 40 2) Para ejercitar la acción contra varias personas en el domicilio o residencia de una de ellas, a tenor del Art. 49, es necesario respetar las reglas contenidas en los Arts. 31 y 34 (*supra:* n. 72 y 75), relativas al valor de la demanda, en tal forma que el desplazamiento de la competencia se verifica en favor del juez escogido, siempre que la suma de las demandas pro-

16. Cfr. Conforme: NAPI, ob. cit. Nº. 116. En contra: MORTARA, ob. cit. Vol. II, Nº 223.
17. Cfr. Conforme: NAPI, ob. loc. cit. Nº 114, SATTA, ob. cit. p. 26. MICHELI, Corso, cit. Vol. I. p. 147. ANDRIOLI, *Commento*, cit. Vol. I. p. 112. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. vol. II. pp. 146 y ss. En contra: MORTARA, ob. cit. Vol. II, Nº 229.

drei en que mientras en el caso de continencia la decisión de la causa continente envuelve necesariamente la decisión de la contenida (la cual está implícitamente pendiente en aquella que la contiene), en el caso de accesoriedad, la decisión de la causa accesoria o dependiente, aunque presupone la decisión de la causa principal, no está implícita en ésta y puede por tanto concebirse una decisión sobre la causa accesoria separada y diversa de aquélla sobre la causa principal.

En los casos de demandas accesorias, el Art. 48 dispone que *"conocerá el tribunal donde esté pendiente la causa principal"*, pero naturalmente, siempre que por la materia y el valor entre en la competencia de dicho tribunal, pues siendo la competencia por la materia y por el valor, absolutas o de orden público, no pueden ser derogadas por una competencia establecida en interés privado de las partes[20].

99. *Fiadores o garantía*

Las demandas en materia de fiadores o garantía son tratadas por nuestro código en la misma forma que las accesorias, en el Art. 48, y establece para todas el fuero donde esté pendiente la causa principal.

La semejanza de estas demandas con las accesorias es evidente, en cuanto la demanda de garantía tiene como presupuesto la declaratoria con lugar de la demanda principal y aparece así dependiente de aquélla.

Sin embargo, modernamente la doctrina hace una distinción entre ellas, desde el punto de vista *subjetivo*, pues mientras en las demandas accesorias las partes (actor y demandado) son las mismas en una y otra demanda, en cambio, entre la causa principal y la demanda de garantía hay solamente una identidad parcial de personas, pues aquel que figura como demandado en la causa principal, figura a la vez como actor (garantido) en la causa de garantía y como demandado (garante) un sujeto distinto que debe garantizarlo[21].

20. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. II, p. 147. MICHELI, Corso, cit. Vol. I, p. 147. Entre nosotros no se suman los valores de la causa accesoria y de la principal como se exige en el derecho italiano según el Art. 31. Los inconvenientes de la solución italiana pueden verse en POCHERRA, Walter, *Accesorieta e Spostamento di competenza*, en *Rivista di Diritto Proccesuale*, 1952. I, p. 224.
21. Cfr. En este sentido CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. II, p. 137.

ción, el fuero de ésta sea competente también para la causa de garantía, en tal forma que ambas demandas sean decididas por el mismo juez, en un único proceso.

Del mismo modo, el fiador demandado por el acreedor para el pago de la deuda de otro, tiene el derecho de proponer contra el deudor principal, en el mismo juicio, la demanda para el reembolso de lo que resulte obligado a pagar por él (Art. 1.821 CC). Si el fuero competente para esta acción de *regreso* fuese distinto del competente para la demanda principal de cobro propuesta contra el fiador, la ley quiere que por la relación de garantía existente, el fuero de la causa principal sea competente también para conocer y decidir la demanda de garantía.

Las reglas de competencia absoluta por la materia y por el valor, deben ser también respetadas en estas demandas en materia de fiadores o garantía como en las causas accesorias.

Las formas admitidas por la ley para el ejercicio de estas acciones por vía incidental (cita de saneamiento o de garantía) serán estudiadas más adelante, en otra parte de la obra (*infra:* n. 309).

100. *Compensación*

La compensación es un modo de extinción de las obligaciones. Cuando dos personas son recíprocamente deudoras, se verifica entre ellas una compensación que extingue las dos deudas por las cantidades concurrentes.

Como la compensación se resuelve en una recíproca liberación de las partes, ella constituye también un derecho: el derecho de no cumplir, por la cuantía correspondiente, una obligación contraída, con el inherente compromiso de no pedir la prestación que se nos debe[23].

En el Derecho Procesal Civil, la compensación se hace valer mediante la *excepción de compensación*, que es una defensa, o más propiamente, como se verá más adelante, una excepción en sentido propio o sustancial. Por tanto, ella supone

23. Cfr. Arts. 1282 y 1331 Código Civil venezolano. Cfr. CARAVELLI, *Teoría della compensazione e diritto di ritenzione*. Milano, 1940. Cfr. TOESCA DI CASTELLAZZO, Carlo. *Compensazione*, en *Nuovo Digesto italiano*. Vol. III, p. 430. Cfr. Un penetrante estudio de los aspectos procesales de la compensación se debe recientemente a FRANCHI, Giuseppe. *Profili Processuale della Compensazione*, en *Rivista di Diritto Processuale*. 1963, p. 207.

siempre una causa ya pendiente, promovida contra
que hace valer la compensación, en la cual, frente al cr
reclamado por el actor, el demandado opone otro crédit
tiene contra él y pide sea rechazada la demanda por h
quedado extinguido aquél.

La situación que prevé el Art. 50 del Código de Procedim
Civil, es que si por virtud de la compensación opuesta p
demandado, el Tribunal ha de decidir sobre una cosa qu
su valor corresponde al conocimiento de un Tribunal S
rior, será éste el competente para conocer de todo el as
aunque el Tribunal ante quien se la haya propuesto lo
para conocer de la demanda sola. Se produce así, en la hi
sis de la ley, un desplazamiento de la competencia del
que conoce de la acción en favor del juez competente p
cuantía para conocer de la excepción, el cual asume ah
conocimiento de todo el asunto.

Sin embargo, para que se produzca el desplazamiento
competencia previsto en la citada disposición, es nece
que el crédito de mayor cuantía, opuesto en compensa
sea *contradicho* o *impugnado* por el actor, porque sólo e
caso el Tribunal está obligado a decidir sobre una rel
jurídica diversa de aquélla objeto de la demanda, para
ver sobre la procedencia de la acción propuesta o sob
rechazo por haber quedado extinguido el crédito por la
pensación operada.

La cuestión sobre la existencia del crédito invocado en
pensación, no se presenta así como una cuestión *prejudi*
considerarse *incidenter tantum*, como un mero antece
lógico del pronunciamiento final sobre la acción, sino
una cuestión a decidirse *"principaliter"*, con eficacia de
juzgada entre las partes, toda vez que integra el proble
la litis *(thema decidendum)* sobre el cual debe recae
decisión expresa, positiva y precisa, conforme a las dis
ciones de los artículos 12 y 243 del Código de Procedim
Civil.

En cambio, cuando el crédito opuesto en compensació
ya reconocido judicialmente por sentencia firme, o es
sado o reconocido en forma auténtica por el actor, en est
el Tribunal no está en la necesidad de *decidir* sobre su
tencia *"principaliter"*, sino que su consideración tendrá

el juez el valor de una *cuestión prejudicial*, o antecedente lógico para llegar a la decisión final sobre la acción y por tanto la excepción no amplía los límites de la demanda del actor, sino que permanece limitada a la parte del crédito opuesto en compensación hasta concurrencia con el crédito invocado en la demanda[24].

La compensación que puede oponer el demandado, es la compensación *legal*, esto es, aquélla que se efectúa de derecho hasta concurrencia de los dos créditos líquidos y exigibles (Art. 1.333 CC), en tal forma que declarada cierta la existencia del crédito del demandado y rechazada en consecuencia la demanda del actor, el Tribunal no puede conceder al demandado el remanente de su crédito, si lo hubiere. Así, v. gr., si te demando el pago de la deuda líquida y exigible de Bs. 3.000 y tú me opones en compensación el crédito, también líquido y exigible que tienes contra mí, por Bs. 4.000, la compensación será declarada por las cantidades concurrentes y el Tribunal no podrá condenarme a pagarte el remanente de Bs. 1.000. Para obtener una condena del Tribunal por dicho remanente, sería necesario que propusiera la correspondiente demanda reconvencional, que estudiaremos en el número siguiente.

101. *Reconvención*

Puede ocurrir que el demandado no se limite a una actitud puramente defensiva contra la demanda del actor, sino que asuma también el papel de contrademandante, haciendo valer en el mismo proceso contra el actor una pretensión concreta, que en nuestro derecho puede estar fundada en el mismo título en que se funda la pretensión principal o en otro diferente. En este caso, se dice que el demandado propone

24. Cfr. En contra CARAVELLI, ob. cit. p. 20. Conformes: CHIOVENDA, *Istituzioni*, Vol. I. N[os]. 76, 106, 127, B.3. Vol. II, Sez, I, N° 206 E. CALAMANDREI, *Istituzioni*, Vol. I, p. 145. Vol. II, p. 141. MICHELI, Corso, cit. Vol. I, N° 10, d. N° 15, A, bb. N° 42, cc. dd. NAPI, *Commentario*, Vol. I, 1, pp. 248 y 256. Nuestro sistema se separa del italiano en que no permite como aquél, una sentencia de condena cuando la demanda está fundada en título no controvertido, con reserva de la excepción de compensación, la cual puede ser remitida por su decisión separada, al juez competente por la cuantía. Cfr. FRANCHI, Giuseppe, *Profili processuali della compensazione*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1963, p. 207, quien considera que la co-existencia de un crédito líquido y exigible del demandado y su oposición, son cuestiones prejudiciales a aquella de la existencia actual del crédito del actor, pero en el sentido de la incompatibilidad de los dos derechos, sin que la existencia o inexistencia del primero sea prejudicial a la existencia o inexistencia del otro.

una *reconvención, mutua petición o contrademanda* co
actor. Aquí las partes son las mismas, pero en posicio
vertidas, porque el demandante en la pretensión princ
ahora demandado (reconvenido) en la reconvención y
mandado en la pretensión principal, es ahora dema
(reconviniente) en la reconvención.

La semejanza de esta figura con la compensación está
en ambos casos el juez tiene que considerar un derec
tinto de aquel que es objeto de la pretensión principa
con la diferencia de que el contraderecho que se hace v
la compensación tiende a obtener el rechazo de la pret
del actor solamente, mientras que el derecho que se h
ler en la reconvención tiende a una sentencia de cond
reconvenido a una prestación.

En otras palabras, la compensación es una *defensa*, q
de a una sentencia de rechazo de la pretensión; la rec
ción es una nueva pretensión que tiende a la cond
actor reconvenido.

Conforme al Art. 50, cuando la reconvención plantea
bunal que conoce de la demanda, una cuestión que
valor corresponde al conocimiento de un Tribunal S
será éste el competente para conocer de todo el asun
que el Tribunal ante quien se la haya propuesto lo fue
conocer de la demanda sola[25].

102. *Prejudicialidad*

La prejudicialidad es la relación de conexión que se
la causa principal y la causa prejudicial. Se origina
para la decisión de una causa es necesario decidir t
con efecto de cosa juzgada, una cuestión prejudicial
ge en el seno del proceso como antecedente lógico y n
de la decisión final[26].

25. Cfr. Autores citados en la nota anterior.
26. Cfr. Para toda esta cuestión: MENESTRINA, *La Pregiudiziale nel pro*
CHIOVENDA, *Istituzioni*, Vol. I, N° 122 y ss. CALAMANDREI *Istituz*
p. 146. Vol. II, p. 138. CARNELUTTI, *Sistema*, Vol. I, N° 374. IDEM,
accertamento incidentale, en *Rivisita di Diritto Processuale Civi*
p. 17. CALIENDO, *A propósito delle questione pregiudiziali nel proces*
Rivista di Diritto Processuale Civile, 1924, II, p. 124. MONTESANO,
accertamento incidentale e di limiti del giudicato, en *Rivista di Dir*
suale, 1951, I p. 329. ROSENBEG, *Tratado*, cit. Vol. II, pp. 85 y 472

En muchos casos, para llegar el juez a una decisión final sobre el mérito de la causa, tiene que examinar y resolver ciertas cuestiones surgidas en el curso del proceso, que aparecen como antecedentes lógicos de su decisión final, a tal punto que de ellas depende en todo o en parte la resolución de la causa. Por regla general, el juez está facultado para resolver todas estas cuestiones, sin que se extienda a ellas la autoridad de la cosa juzgada, que es inherente al dispositivo del fallo y no a sus premisas o motivación. Esto se expresa desde antiguo, en la conocida máxima de que *"el juez de la acción es el juez de la excepción"*. Así, v. gr., establecer si una de las partes tiene una edad y no otra y, por tanto, si era capaz cuando realizó determinado acto; resolver a los solos fines de la pretensión de alimentos, la cuestión surgida sobre la existencia o inexistencia del vínculo familiar, etc.; son cuestiones que resuelve el juez a los solos fines de llegar a la decisión final *(incidenter tantum)*, sin que se extienda a ellas la autoridad de la cosa juzgada, que afecta solamente a la *res in iudicium deducta*.

Pero algunas veces, bien por voluntad de las partes o ya por disposición expresa de la ley, puede surgir la necesidad de decidir la cuestión prejudicial no ya *incidenter tantum*, sino *principaliter*, con eficacia de cosa juzgada, y entonces se habla más bien de *causa prejudicial* y de una *declaración incidental* o *"accertamento incidentale"*, como la denomina la ley y la doctrina italianas. En tales casos, se produce entre la causa originaria, en la cual ha surgido la cuestión, y la causa prejudicial, una relación de conexión, llamada *relación de prejudicialidad*, que puede dar lugar a un desplazamiento de competencia, cuando el juez que conoce de la causa principal no es competente por la materia o por el valor, para conocer también de la causa prejudicial; o bien, cuando este desplazamiento no es necesario, a la suspensión de la causa principal, hasta que sea decidida la cuestión prejudicial[27].

27. Cfr. Arts. 34 y 295 C.P.C. italiano. En el derecho alemán (Art. 280 Z.P.O.), cuando en el curso del proceso surge controversia sobre una cuestión prejudicial, pueden ambas partes solicitar hasta la conclusión de la audiencia en que se pronuncie la sentencia, mediante una ampliación de la demanda, por parte del actor, y mediante una reconvención por el demandado, que el Tribunal se pronuncie sobre la cuestión prejudicial controvertida (acción declarativa incidental). Cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Labor, 1936, p. 107. ROSENBERG, *Tratado*, cit. Vol. II, p. 85.

CAPITULO VI

LA COMPETENCIA PROCESAL INTERNACIONAL

SUMARIO

103. Concepto. 104. Sistemas para delimitar el ámbito de la competencia internacional: a) Sistema francés. b) Sistema anglosajón. c) Sistemas mixtos. 105. El sistema venezolano. 106. Competencia internacional y competencia interna.

103. *Concepto*

Una relación jurídica material determinada, puede tener elementos de conexión con el ordenamiento jurídico de diversos Estados soberanos, bien porque en ella intervengan sujetos nacionales de dichos Estados o allí domiciliados, o ya porque los bienes que son objeto de la relación estén situados en alguno de ellos o allí se hayan realizado los actos que originaron la relación. En tales hipótesis, *las reglas que delimitan la competencia procesal internacional, determinan cuál de los Estados con los cuales tiene conexión una determinada relación jurídica material controvertida, es competente para solucionar jurisdiccionalmente la controversia.*

Esta cuestión de la competencia procesal internacional, se diferencia claramente del problema que plantea la conexión que puede tener una relación jurídica procesal pendiente en un Estado, con el ordenamiento jurídico de otro Estado soberano, en cuyo caso, las normas sobre la eficacia de la ley procesal en el espacio, nos dicen cuál de las leyes procesales coexistentes en los diversos Estados con los cuales tiene conexión la relación procesal pendiente en uno de ellos, es la aplicable a dicha relación.

Asimismo, las reglas que determinan la competencia procesal internacional, no suponen la determinación de la ley aplicable al fondo de la relación controvertida, que es un problema de *"competencia legislativa"* que resuelven las normas de conexión del Derecho Internacional Privado. Ambos problemas son independientes, en tal forma que la competencia de la ley de un país para resolver el fondo de la controversia, no entraña la competencia de los tribunales de ese país, para conocer de la misma; e inversamente, la competencia de los

tribunales de un país, no entraña la aplicación al fondo controversia, de las leyes de dicho país. Si la ley aplical fondo y a la jurisdicción fueran indivisibles, jamás se ap ría en un Estado una ley extranjera.

Por tanto, cuando tratamos de la competencia procesal i nacional, el problema se reduce a determinar cuál de lo tados con los cuales tiene conexión una determinada rel jurídica material controvertida, es competente para sol nar jurisdiccionalmente la controversia; y no a detern cuál es la ley aplicable al fondo de la controversia o a la ción procesal pendiente en uno de dichos Estados.

Si los Estados que forman la comunidad internacional sen aislados, dentro de las fronteras territoriales en que cen su soberanía, en tal forma que los ciudadanos de un pudiesen convivir con los nacionales de otros, ni entabla ellos relaciones jurídicas, ni intercambios de bienes y cios de ninguna especie, no se plantearían, en absoluto blemas o conflictos, pues las relaciones jurídicas se estal rían siempre entre sujetos nacionales del mismo Es dentro de su propio territorio, y sin vinculación alguna o va ni subjetiva con el ordenamiento jurídico de un E extranjero.

Pero como la realidad de las relaciones internacionales manas es diferente, y los Estados nacionales, así como bién los nacionales de cada Estado, entran en relaciones procas de todo tipo: económicas, culturales, profesiona humanas que se desarrollan dentro del marco de las le originan, en algunos casos, conflictos de intereses que ser resueltos jurisdiccionalmente, se comprende que s problemas de competencia judicial, que nos obligan a minar cuál de los Estados con los cuales tiene conexi relación controvertida, es el competente para resolver diccionalmente la controversia.

Las normas de competencia procesal internacional, son mas de derecho estatal *externo,* dictadas por cada Esta consideración de la existencia de otros Estados soberanos delimitar la propia jurisdicción y determinar, en virtud d tos criterios, las controversias sobre las cuales puede ejer

Pertenece al Derecho Procesal Civil Internacional, el

ma de normas que delimitan la jurisdicción del Estado en orden a la jurisdicción de los estados extranjeros[1].

104. *Sistemas para delimitar el ámbito de la competencia internacional.*

Se pueden distinguir varios sistemas para delimitar el ámbito de la competencia procesal internacional: a) El sistema francés, que la vincula directamente a la nacionalidad. b) El sistema anglosajón, que no conoce límite de nacionalidad para la determinación de la competencia internacional. c) Sistemas mixtos, que arrancando del sistema francés, toman en cuenta la nacionalidad del demandado, pero extienden la jurisdicción al demandado extranjero cuando se dan las conexiones subjetivas y objetivas establecidas en la ley.

Estudiaremos someramente estos sistemas, para examinar después el sistema acogido en el nuevo código venezolano.

a) El sistema francés se funda en los artículos 14 y 15 del Código Civil napoleónico, que hacen depender de la nacionalidad francesa del demandante (Art. 14) y del demandado (Art. 15) la competencia internacional de los tribunales franceses[2].

El Art. 14 del Código Civil francés establece:
"El extranjero, aunque no resida en Francia, podrá ser demandado ante los tribunales franceses para la ejecución de obligaciones contraídas por él en Francia con un francés; o por obligaciones contraídas por él en país extranjero con franceses."

---

1. Cfr. MORELLI, *Derecho Procesal Civil Internacional*. Buenos Aires, 1953, pp. 5 y 85. Cfr. MACHADO VILLELA, ALVARO DA COSTA, *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*. Coimbra, 1922, Vol. II, pp. 141 y ss. Cfr. NIBOYET, *Traité de Droit International Privé Français*. Rec. Sirey. París, 1949, Vol. III, N° 846 y ss. SANCHEZ DE BUSTAMANTE y SIRVEN, Antonio, *Derecho Internacional Privado*. La Habana, 1943, Vol. III, pp. 73 y ss. BONAPARTE, *Competencia en Derecho Internacional Privado*. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III, p. 447. CHIOVENDA, *Istituzioni*, Vol. II, N° 147 y ss. CALAMANDREI, *Istituzioni*, Vol. II, p. 62.
2. Para el derecho francés, Cfr. BATIFFOL, Henri, *Traité Elémentaire de Droit International Privé*. 2ª Ed. París, 1955, N° 684 y ss. NIBOYET, ob., cit. Vol. VI, N° 1714 y ss. PILLET, Antoine, *Traité Pratique de Droit International Privé*. Rec. Sirey, París, 1923, Vol. I, N° 168. LEREBOURS-PIGEONNIERE, Paul, *Droit International Privé*. Dalloz, 1959, N° 395. BATIFFOL-FRANCESCAKIS, *Compétence Internationale*, en *Enciclopédie Juridique Dalloz (Répertoire de Procedure Civile et Commerciale)*. Tomo I, p. 618, N° 9-17. BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato Teorico-Pratico di Diritto Civile*. Trad. it. Milano. Dot. F. Vallardi. Vol. I, N° 641 y ss. GLASSON, TISSIER et MOREL, Vol. II, N° 383 y ss. Para el Derecho Comparado. Cfr. BIANCHI, *Giurisdizione e nazionalitá in ordenamenti giuridici diversi*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, I, p. 310.

Y el Art. 15 dispone: "Un francés podrá ser citado an tribunal de Francia, por obligaciones contraídas por él país extranjero, aunque sea con un extranjero".

Las situaciones que se pueden distinguir en la aplicaci estas disposiciones, se reducen a tres: 1) El demanda francés y el demandado extranjero. 2) El demandante tranjero y el demandado francés. 3) El demandante y mandado son extranjeros.

En el primer caso, se concede al nacional un verdadero p gio, que le permite demandar al extranjero en Francia a no tenga allí su domicilio, ni su residencia, ni sea Fran lugar de la celebración del contrato ni de su ejecució nacionalidad francesa del demandante determina aquí la petencia, desconociéndose la regla fundamental *actor se forum rei*, que fija el fuero general de las personas, así también el fuero especial del contrato *(forum contractu*

En el segundo caso, puede ocurrir que el francés dema tenga su domicilio en Francia, y entonces no resulta de da aquella regla *(forum domicilii)*, o que no lo tenga, y e caso, la regla aparece desconocida. En ambos supuest demandante extranjero está en la obligación de afianz resultas del juicio *(caución judicatum solvi)*, a menos actor posea bienes inmuebles en Francia.

El tercer caso, en que el demandante y el demandad extranjeros, no está previsto en el Código Civil franc jurisprudencia, aplicando los principios en que desca sistema, ha llegado a sostener que la justicia sólo se d los nacionales y, por tanto, los tribunales franceses s competentes en este caso. Sin embargo, la presión de l trina y de los mismos escritores franceses, así como ta la que ejerce el tráfico comercial de los extranjeros en cia, ha llevado a la jurisprudencia a introducir tal núm excepciones a la regla general establecida por ella, qu puede decirse que la regla es la aceptación de la jurisd francesa en los litigios entre extranjeros[3].

---

3. Cfr. BATIFFOL-FRANCESCAKIS, ob. cit. N° 11, 12, 61-64. Cfr. MAURY, J *Etranger*, en *Encyclopédie Juridique Dalloz (Répertoire de Procédure Commerciale)*. Tomo I, p. 924, Nos 13, 14, 15. DESPAGNET, Frantz, *Droit I tional Privé*. 3ª. Ed. París, 1899, N° 183.

Las disposiciones del derecho francés en el campo de la competencia internacional constituyen, al decir de Rigaud, un verdadero y propio *"escándalo jurídico"*, y su consecuencia es el reconocimiento de la jurisdicción *exclusiva,* del juez francés sobre todas las controversias relativas a derechos personales en las cuales al menos una de las partes es un ciudadano francés, en tal forma, que la jurisprudencia ha llevado esta doctrina hasta el extremo de negar la ejecutoriedad de sentencias extranjeras emitidas contra un demandado francés"[4].

El sistema francés ha sido duramente criticado por la doctrina de su propio país. Se le imputa que trae como consecuencia la aplicación de medidas de retorsión en el extranjero contra los franceses y que además de ser inicuo, su utilidad es muy discutible cuando el demandante tiene necesidad de hacer ejecutar el fallo en el extranjero, pues el *exequátur,* le sería negado del mismo modo en que ocurriría en Francia en el caso inverso (Pillet y Niboyet); que es contrario a la regla del buen sentido, según la cual en un litigio el demandado no debe soportar las molestias y los gastos de un viaje, para ir a litigar en el domicilio del demandante, y que está inspirado en un sentimiento de desconfianza hacia los tribunales extranjeros y no es conforme a la cortesía que los Estados se deben mutuamente (Foignet); que constituye un resabio del antiguo rigor contra los extranjeros y de la desconfianza que se tenía respecto de los otros Estados (Despagnet); que el legislador francés, atendiendo al interés de sus compatriotas y dejándose llevar de un sentimiento de desconfianza hacia los tribunales extranjeros quiso sustraer a los franceses a su jurisdicción y que tal motivo del Art. 14, no basta para justificar disposición tan exorbitante (Audinet)[5].

b) En contraposición al sistema francés, en los países anglosajones, la jurisdicción internacional no encuentra límites en el factor nacionalidad. En los sistemas del *Common Law,* la jurisdicción tiene un carácter eminentemente *territorial,* y

4. Cfr. BIANCHI, *Giurisdizione e nazionalitá in ordinamenti giuridicie diversi,* en *Rivista di Diritto Processuale,* 1956, I, p. 310.
5. Cfr. Un resumen de las críticas puede verse en BONAPARTE, ob. cit. Las investigaciones históricas han llevado a la convicción de que la presencia en el código francés del factor nacionalidad como límite de jurisdicción sea en realidad una inevitable, aunque poco feliz consecuencia de la transfusión de la idea medieval de la jurisdicción sobre el súbdito feudal en la concepción moderna de la jurisdicción nacional. Cfr. en este sentido, BIANCHI, ob. cit., p. 316.

nable sistema para informar a la parte ausente del proceso que le ha sido intentado. Por otra parte, la realización de actividades comerciales, o más genéricamente, el cumplimiento de actos jurídicos dentro del ámbito estatal, de parte del demandado ausente, son asimilados a la presencia física, en el intento de afirmar la jurisdicción del Estado sobre las causas que nacen de tales actos.

Por ello, si el demandado ejecuta una actividad comercial en el Estado, se considera suficiente la notificación del proceso a su mandatario o apoderado.

Las reglas enunciadas, que tienen validez para fijar la competencia entre los diversos Estados de la Federación, valen también como normas de competencia jurisdiccional internacional.

De allí la consecuencia, señalada por algunos autores, de que una sentencia de condena pronunciada en el exterior por daños contractuales, no puede ser reconocida en los Estados Unidos si el demandado no tenía su domicilio en el país del proceso, o no ha sido citado personalmente dentro del territorio de ese país[7].

c) Una tercera categoría de sistemas, que se diferencia del sistema francés y del anglosajón, es la que puede denominarse *mixta,* porque si bien tiene su origen en el código napoleónico y el ámbito de la jurisdicción está establecido en relación a la nacionalidad, se extiende, sin embargo, al demandado extranjero, cuando se dan ciertos vínculos de conexión subjetivos expresamente previstos en la ley. A esta categoría pertenece el sistema italiano actual, previsto en el Art. 4º del código de 1942, que comprende los artículos 105 y 106 del viejo Código de Procedimiento Civil de 1865.

Según dicho Art. 4º: El extranjero puede ser demandado ante los jueces de Italia:

1) Si allí está residenciado o domiciliado, aunque sea electivamente, o tiene un representante facultado para estar en juicio, conforme al Art. 77, o si ha aceptado la jurisdicción italiana, a menos que la demanda sea relativa a bienes inmuebles situados en el exterior.

7. Cfr. BIANCHI, ob., cit., pp. 324 y ss. SERENI, *El proceso civil en los Estados Unidos.* Trad. de Sentís Melendo. EJEA. Buenos Aires, 1958, pp. 28 y ss.

Como se ve, pues, la característica estructural del sistema italiano, que ha permanecido fundamentalmente fiel al modelo francés, no ha impedido, sin embargo, una mayor articulación de títulos de jurisdicción, que sancionan el interés del Estado en el ejercicio del poder jurisdiccional, según criterios no relacionados ya a los principios proteccionistas de la nacionalidad, propios del código napoleónico[10].

105. *El sistema venezolano*

El sistema venezolano para delimitar el ámbito de la competencia internacional, está consagrado fundamentalmente en los artículos 53 al 58 del nuevo Código de Procedimiento Civil, en la Sección IV, titulada: *"De la competencia procesal internacional"*.

a) La característica esencial de nuestro sistema es que no está afiliado a los sistemas derivados del Código Napoleón, que vinculan la competencia procesal internacional a la nacionalidad de las partes. El sistema venezolano, apartándose de aquella tradición, no hace distinción entre venezolanos o extranjeros y extiende la jurisdicción venezolana a todas las personas, aunque no tengan domicilio en la República ni se encuentren en su territorio, en los siguientes casos: 1º. Si se tratare de demandas sobre bienes situados en el territorio de la República. 2º. Si se tratare de obligaciones provenientes de contratos o hechos verificados en el territorio de la República o que deban ejecutarse en ella. 3º. Cuando las partes se sometan expresa o tácticamente a la jurisdicción de los tribunales de la República. (Art. 53 C.P.C.)[11].

También se extiende la jurisdicción venezolana a las personas que no teniendo su domicilio en Venezuela, se encuentren transitoriamente en su territorio y hayan sido citadas personalmente en el territorio de la República; y en cualquier caso de demandas relativas a derechos personales en que la ejecución puede exigirse en cualquier lugar (Art. 54 C.P.C.).

De acuerdo con este sistema, la competencia procesal internacional de los tribunales venezolanos, está fundada, por un lado, en criterios *objetivos*, que atienden a la naturaleza de la pretensión y a las vinculaciones de ésta con el territorio de

10 Cfr. En este sentido; BIANCHI, ob., cit., p. 321.
11. Cfr. PIERRE TAPIA. *Jurisprudencia*, cit. Año 1988, Nº 7 p. 43; Nº 10 p. 55.

ción; pero en dicho código se admite la competencia subsidiaria del domicilio o de la residencia, extendiéndose la competencia internacional en beneficio del reconocimiento en los diversos Estados de los fallos dictados en otros, universalizándose así los efectos de la cosa juzgada[13].

b) Las normas sobre competencia procesal internacional contenidas en el nuevo código incluyen situaciones de constante aplicación en este campo del derecho, no contempladas en el código de 1916, v. gr., la sumisión expresa o tácita, por acuerdo de las partes, al fuero de un juez determinado (Art. 53, 3º); las acciones sobre el estado de las personas o las relaciones familiares (Art. 57), y las medidas cautelares o provisorias de protección de personas que se encuentran en su territorio, aunque carezca de jurisdicción para conocer del fondo del litigio (Art. 58). En relación a la sumisión expresa o tácita, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha venido estableciendo que en derecho internacional se acepta el principio de la prórroga o extensión de la jurisdicción por razón del territorio, en fuerza de la autonomía de la voluntad de los litigantes, pero que la sumisión de las partes, como título que origine la competencia internacional de un Estado, está sometida a limitaciones, y por tanto, no es omnímoda, pues de otra manera, como es fácil comprenderlo, se prestaría a fraudes. Por ello, y por respeto a la soberanía de cada Estado, se acepta en la esfera internacional como juez competente, por razón del territorio, aquel a quien las partes se hayan sometido, expresa o tácitamente, pero con la condición de que una de ellas, por los menos, sea nacional del Estado a que el juez pertenece, o tenga en él su domicilio, y que en caso de sometimiento tácito del demandado, éste se apersone en el juicio y actúe en él, sin oponer la declinatoria fori[14].

Además, admitida como está la sumisión expresa y la tácita, como títulos de competencia procesal internacional, en los

13. La disposición del Art. 324 del Código Bustamante fue reservada por Venezuela, por resultar contraria al sistema admitido entre nosotros, que no hace distinción acerca de la naturaleza real o personal de la acción sobre bienes muebles y establece en todo caso la competencia internacional del juez de la situación de la cosa.

14. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 7 (2ª. etapa), p. 72. IDEM, Nº 16 (2ª etapa), p. 93. Cfr. *Corte Suprema de Justicia*, Memoria de actuaciones en el año 1947, pp. 53 y 54, con ponencia del doctor Lorenzo Herrera Mendoza. Cfr. PIERRE TAPIA; *Jurisprudencia*. cit. Año 1988, Nº 10, p. 59.

En los casos de divorcio y separación de cuerpos pronunciados en el extranjero, la doctrina venezolana y la jurisprudencia están conformes en que no debe atribuírseles eficacia alguna en Venezuela si los cónyuges se han colocado fraudulentamente bajo el imperio de una ley que no es competente para regirlos, o se han sujetado a una jurisdicción que carece de poder normal para juzgarlos, conclusión que también hoy se obtiene por aplicación del Artículo 754 del Código de Procedimiento Civil, que atribuye competencia para el divorcio y para la separación de cuerpos al juez del lugar del domicilio conyugal en concordancia con los Arts. 2, 47 *in fine* y 131 y con el Artículo 851, Ordinal 1º, que impide darle fuerza ejecutoria a sentencias extranjeras cuando se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción que le corresponda para conocer del negocio, según sus leyes o los preceptos del derecho internacional[17].

106. *Competencia internacional y competencia interna*

La competencia procesal internacional se encuentra con respecto a la competencia interna, en la relación que existe entre lo *preliminar* y lo *sucesivo*, o como dice Bartin, en la relación de lo *"general"* a lo *"especial"*[18], porque la delimitación de la competencia *interna* de los jueces de un Estado determinado, sólo tiene sentido en un segundo momento, después que haya sido agotada con éxito positivo la delimitación *externa* que indica que el Estado al cual pertenece aquel juez, es competente en la esfera internacional para conocer de una determinada relación jurídica material controvertida.

Es por ello que en nuestro código, una vez establecidas las disposiciones aplicables para la determinación de la competencia procesal internacional de Venezuela (Arts. 53 y 54), se establece seguidamente, en los Artículos 55 y 56 la relación o vinculación de ambas esferas de competencia y se remite a las normas de competencia interna "establecidas en las Secciones anteriores", en cuanto sean aplicables. Por tanto, conforme al Artículo 55, es necesario tomar en cuenta las reglas

17. Cfr. HERRERA MENDOZA, Lorenzo, *El valor de las sentencias de divorcio dictadas en el extranjero*, en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos*. Ed. El Cojo. Caracas, 1960, p. 304.
18. Cfr. BARTIN, *Principes de Droit International Privé*. 1930, Tomo I, Nº 123. Cfr. en el mismo sentido CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. vol. I, p. 54.

autoridad judicial del lugar donde se encuentre la cosa mueble objeto de la demanda, con tal de que allí se encuentre el demandado; pero como en la hipótesis considerada, el demandado no tiene domicilio en Venezuela, ni residencia, ni se encuentra transitoriamente en ella, resulta que no existe, según las reglas ordinarias de competencia interna, ningún fuero territorial competente para conocer de la causa.

Con el fin de asegurar al actor el ejercicio de sus derechos por la vía judicial y de no excluir la competencia internacional que corresponde a Venezuela en este caso, la ley dispone que la demanda se proponga ante la autoridad judicial del lugar donde el actor tenga su domicilio, residencia o habitación.

No compartimos, en este caso, la opinión de nuestro comentarista doctor Arminio Borjas, en relación al Art. 91 del código de 1916 semejante al Art. 56 del nuevo código, quien sostiene que debe entenderse que la ley se contrae a la acción real sobre bienes muebles que no se encuentren situados en la República[19].

Si tal fuese la hipótesis de la ley, es evidente que no correspondería a Venezuela la competencia internacional en este caso, porque según el ordinal 1º del Artículo 53, la competencia internacional corresponde a Venezuela si se trata de demandas sobre bienes situados en el territorio de la *República*, y no creemos que la mente de la ley sea atribuir competencia al juez territorial del domicilio, residencia o habitación del actor, sin tener Venezuela competencia procesal internacional en tal hipótesis.

La última parte del Art. 56, que fija para las demandas sobre bienes inmuebles el fuero del tribunal del lugar donde se encuentren éstos, es concordante con el Art. 53, 1º, que atribuye competencia internacional a la República.

19. Cfr. BORJAS, *Comentarios*, cit. Vol. I, Nº 114.

CAPITULO VII

REGULACION DE LA JURISDICCION Y REGULACION DE LA COMPETENCIA

SUMARIO

107. Introducción. 108. Regulación de la jurisdicción. Característi
pias: a) Supone una previa decisión del juez sobre la jurisdicción. b
regulación cuando se trata de conflicto de atribuciones por exceso
ción de poder de la Administración Pública. c) Opera de oficio, ya se
va o negativa la decisión sobre la jurisdicción. d) La solicitud de re
suspende el procedimiento. e) El efecto de la declaración de falta
dicción es la extinción del proceso. f) La determinación la toma
Suprema de Justicia sin previa citación ni alegatos. g) Errores de i
tación de la institución. 109. Regulación de la competencia: Co
clases: 1º) La regulación necesaria. 2º La regulación facultativa:
que pueden presentarse. 3º) La inhibitoria: único caso en que pue
tearse un conflicto entre jueces: regulación de oficio ex Art. 70. 11
terísticas de la regulación de la competencia: a) Presupone una s
relativa a la competencia. b) Se solicita ante el juez que se haya pr
do sobre la competencia. c) No suspende el curso de la causa sino p
ción (Art. 68 *in fine* y Art. 71. *in fine*. d) La decisión la dicta el
Superior de la Circunscripción y no el superior jerárquico en el rég
las instancias. e) Excepcionalmente la decisión la dicta la Corte
de Justicia, cuando en los casos del Art. 70 C.P.C., no hubiere un
común a ambos jueces en la Circunscripción. f) Las partes pueden
tar al tribunal que debe decidir, los recaudos que juzguen con
sobre el punto de la competencia. h) Las decisiones del Tribunal
no tienen recurso de casación.

107. *Introducción*

De la regulación de la jurisdicción y de la competencia
el nuevo código en la Sección VI del Título I del Libro P
(Arts. 62-76), inspirada en el derecho italiano, pero c
tas modificaciones aconsejadas por nuestra realidad
ca. Con ella se intenta superar –como explica la Exp
de Motivos– los inconvenientes y demoras que prov
bajo el código de 1916 las excepciones dilatorias de in
tencia y las cuestiones de competencia entre jueces;
troducen reglas específicas para resolver, conforme a
tinta naturaleza, las cuestiones de jurisdicción y
competencia, no distinguidas en el código derogado.

Como es sabido, en nuestro viejo sistema, las exce
dilatorias de incompetencia eran fuente de constant

ciones en el proceso, por la incidencia que provocaban, el procedimiento para resolverlas, y los recursos que podían hacerse valer, inclusive el de Casación inmediata. Eran las excepciones más socorridas en la práctica y se acudía a ellas maliciosamente, con fines meramente dilatorios, para impedir la entrada en el mérito de la causa, lográndose de este modo una demora que generalmente alcanzaba varios años.

Igualmente las cuestiones o conflictos de competencia entre jueces, producían la suspensión de la causa, y podían plantearse por los jueces aun después de haber sido dictada una decisión relativa a la excepción de incompetencia propuesta por la parte, porque esta decisión no era vinculante para los jueces y sólo tenía un efecto preclusivo que impedía la nueva alegación por las mismas partes.

El nuevo procedimiento de la regulación de la jurisdicción y de la competencia, viene a sustituir al procedimiento de la excepción dilatoria de incompetencia, al conflicto de competencia entre jueces, y funciona a la vez como medio de impugnación de la sentencia que resuelve una cuestión de competencia[1].

Al tratar de la competencia del juez (*supra:* n. 65) hemos visto la distinción doctrinal entre *incompetencia* y *falta de jurisdicción*, así como los caracteres de la competencia absoluta, o de orden público, relevable aun de oficio, y la relativa o prorrogable, relevable solamente por petición de la parte, como se indica en el Artículo 346. Ahora, antes de tratar de la regulación de la jurisdicción, conviene destacar que la falta de jurisdicción del juez respecto de la administración pública, puede declararse aun de oficio por el juez, en cualquier estado e instancia del proceso; la falta de jurisdicción del juez venezolano respecto del juez extranjero, puede declararse también de oficio por el juez, en cualquier estado e instancia del proceso, cuando se trate de causas que tienen por objeto bienes inmuebles situados en el extranjero; y que en cualquier otro caso, mientras no se haya dictado sentencia sobre el fondo de la causa en primera instancia, la falta de jurisdicción sólo podrá declararse a solicitud de parte (Art. 59 C.P.C.).

1. Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil. Imprenta del Congreso de la República. Caracas, 1975, p. 10.

108. *Regulación de la jurisdicción*

En la regulación de la jurisdicción, el nuevo código part
tradicional *consulta* que imponía el Artículo 22 del
derogado para toda decisión sobre la jurisdicción de la
blica, si resultare desconocida o menoscabada por e
aunque no se hubiere apelado de ella. Siguiendo esta
ción, el nuevo código acoge el principio en los Artículos
pero ampliándolo a todo caso, y apoya en él la regulació
jurisdicción (Art. 62 C.P.C.).

En efecto, el Artículo 62 dispone que: "A los fines de la
ta ordenada en el Artículo 59, el tribunal remitirá inm
mente los autos a la Corte Suprema de Justicia, en Sa
tico-Administrativa, suspendiéndose el proceso d
fecha de la decisión. La Corte procederá luego de re
las actuaciones, a decidir la cuestión, lo cual hará de
diez días, con preferencia a cualquier otro asunto."

A la comprensión de esta nueva institución establecid
código, contribuirá eficazmente el examen de sus car
ticas propias:

a) La regulación de la jurisdicción supone una decis
juez sobre la jurisdicción, ya de oficio, o bien por solic
parte, como se indica en las diversas hipótesis contem
en el Artículo 59; pero también la Administración
que no sea parte en la causa, puede solicitar del ju
conoce de ésta, que se declare el defecto de jurisdic
juez, fundándose en las atribuciones conferidas por
dicha Administración (Art. 65 C.P.C.).

En este aspecto, nuestra regulación de la jurisdicción
de la consagrada en el derecho italiano que le dio inspi
pues en éste, la regulación de la jurisdicción es un med
resolver preventivamente las cuestiones de jurisdicci
constituye una impugnación, porque no sólo puede se
tada antes de que sea pronunciada una sentencia, sin
inadmisible después que la causa ha sido decidida en
to en primera instancia o grado[2].

2. Cfr. BRACCI, Mario. *Le questioni e i conflitti di giurisdizione e di attribuzion*
codice di procedura civile, en *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 194
CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. II, p. 162. CARNELUTTI, *Instituciones*
Civil, Trad. esp. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1959. Vol. II, Nº 424. RO
Tratado de Derecho Procesal Civil. Trad. Esp. Sentis-Ayerra. 1970. Vol. II
PIERRE TAPIA, "*Jurisprudencia*", cit. Año 1989, Nº 4, p. 118, Nº 5, p. 92, Nº 6,

Según el sistema italiano, la regulación de la jurisdicción tiene carácter *preventivo*, no presupone una decisión del juez de la causa, sino que la parte o la Administración Pública acuden a las Secciones Unidas de la Corte de Casación, mediante recurso, solicitando la regulación de la jurisdicción. En cambio, entre nosotros, es evidente la diversidad de régimen, en cuanto exige una previa decisión del juez de la causa sobre la cuestión de jurisdicción, cuya consulta con la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, origina la regulación de la jurisdicción (Art. 62 C.P.C.).

b) La exigencia de una decisión previa del juez sobre la jurisdicción, para que funcione la regulación, nos lleva a considerar que en el sistema del nuevo código, no se tendría regulación de la jurisdicción, si se tratase de un conflicto de atribuciones originado en el exceso o desviación de poder de la Administración Pública por el ejercicio de atribuciones que correspondan a la esfera de poderes idealmente comprendidos en la función genérica de administrar justicia, atribuidos por la Constitución y las leyes al Poder Judicial. En estos casos se estaría en el campo de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la cual corresponde la anulación de los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho conforme al Artículo 206 de la Constitución y Artículos 42 y 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

La regulación de la jurisdicción sólo funciona en el caso inverso: cuando la autoridad judicial está ejerciendo facultades que corresponden al orden administrativo y ha tomado de oficio, o a solicitud de parte o de la Administración, una decisión sobre la jurisdicción que la confirme o la desconozca o menoscabe.

c) La regulación de la jurisdicción opera de oficio en todo caso de pronunciamiento del juez de la causa sobre la jurisdicción, ya sea dicha decisión afirmativa de la jurisdicción, o bien resulte desconocida o menoscabada por el fallo, pues la consulta está ordenada en todo caso (Arts. 6 y 59 C.P.C.) porque –como enseña Carnelutti– es tan impropio que el juez no ejerza la jurisdicción si le pertenece, como que la ejerza si no la posee[3]; y ello termina por favorecer, además, a la misma economía, porque de algún otro modo la cuestión podría llegar, aunque más tardíamente, al conocimiento de la

3. Cfr. CARNELUTTI, ob. cit. Vol. II, p. 56.

f) La determinación sobre la jurisdicción la tomará la Corte Suprema, sin previa citación ni alegatos, ateniéndose a lo que resulte de las actuaciones remitidas (Art. 63), dentro de diez días después de recibidas las actuaciones, con preferencia a cualquier otro asunto (Art. 62 *in fine*), y la decisión se comunicará de oficio al tribunal donde cursare la causa (Art. 64). Se consagra así en el nuevo código, un procedimiento *sumarísimo* para la resolución de estas cuestiones de jurisdicción, que tiene preferencia, como tal, porque la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no tiene un procedimiento especial previsto para la solución de estas cuestiones.

Conforme al Artículo 81 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, "las acciones y recursos de que conozca la Corte, se tramitarán de acuerdo con los procedimientos establecidos en los códigos y leyes nacionales, a menos que en la presente Ley o en su Reglamento Interno, se señale un procedimiento especial".

El procedimiento sumario establecido en el Art. 62 C.P.C. para la resolución de la cuestión de jurisdicción, no tiene semejante alguno entre los procedimientos previstos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, ni puede asimilarse al de Segunda Instancia previsto en su Artículo 162, porque en el caso que nos ocupa, no se trata de una apelación ordinaria, sino de un procedimiento sumario y rápido, no existente en aquel cuerpo legal. Por tanto, no existiendo en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia un procedimiento especial para la resolución de las cuestiones de jurisdicción, es aplicable el que venimos comentando, establecido en el Artículo 62 y siguientes C.P.C.

g) La novedad de la regulación de la jurisdicción y de la competencia en el nuevo código, ha dado lugar a cierta confusión en un sector de la magistratura que ha interpretado erróneamente el alcance y el sentido de las normas que regulan ambas instituciones. La confusión, que ha venido siendo censurada por la Corte Suprema de Justicia, se manifiesta en unos casos aplicando erróneamente a una cuestión de competencia las disposiciones relativas a la regulación de la jurisdicción, y viceversa, sin distinguir entre ambas instituciones[5]; en otros, promoviendo la regulación de la jurisdic-

5. Cfr. PIERRE TAPIA, Oscar *Jurisprudencia*, cit. Años 1987 Nº 5 p. 53 y Nº 7 p. 38, 1988. Nº 7, p. 48. 1989, Nº 8-9, pp. 189-197. Nº 10, p. 97.

ción ante el juez civil que conoce del juicio por cumplim
resolución de un contrato de arrendamiento, alegando
competencia corresponde a la Dirección de Inquilin
Ministerio de Fomento, en el cual se encuentra pendi
procedimiento relativo al derecho preferente del arre
rio, contemplado en el Art. 40 de la Ley de Regula
Alquieres y en el Art. 4º del Decreto sobre Desalojo de
das[6]; también, planteando la regulación de la juris
tratándose de una cuestión de litispendencia, en la
hubo decisión que afirmase o negase la jurisdicción de
nal para conocer de la causa, como es requerido pa
proceda la consulta sobre la jurisdicción conforme al
C.P.C.[7]; y así repetidamente, en variadísimos casos, q
venido ocupando la atención de la Corte Suprema, a t
to, que la Corte se ha visto en la necesidad de imp
sanción de multa a los abogados solicitantes como
correctiva, haciendo la observación de que el efecto su
vo del juicio, que tiene la regulación de la jurisdicción
ta a su uso inadecuado y a la deformación de la insti
regulada en forma ágil en el nuevo Código Procesal, a
a un congestionamiento de la vía judicial[8].

Uno de los casos en los cuales se ha repetido con más f
cia el uso inadecuado y la deformación de la institu
sido en materia de incumplimiento de contrato de a
miento, que ha dado ocasión a la Corte, en su Sala P
Administrativa, a una decisión orientadora sobre l
tión, para ilustración de los jueces del mérito. Se tra
un juicio por cumplimiento de contrato de arrendami
el cual se pedía la entrega del inmueble por vencimie
plazo del contrato.

El demandado opuso la cuestión previa contemplad
ordinal 1º del Art. 346 C.P.C., por incompetencia, aleg
existencia ante la Dirección de Inquilinato del Minis
Fomento de un procedimiento de derecho preferente a
ocupando el inmueble, y se alega que corresponde
autoridad administrativa el conocimiento de la caus

6. Cfr. PIERRE TAPIA, Oscar *Jurisprudencia*, cit. Año 1987, Nº 6, pp. 83 y
p. 38. 1989, Nº 10, pp. 96-97.
7. Cfr. PIERRE TAPIA, Oscar *Jurisprudencia*, cit. Año 1989 Nº 6, p. 31.
8. Cfr. PIERRE TAPIA, Oscar *Jurisprudencia*, cit. Año 1987, Nº 6, p. 120, y
Nº 8-9, pp. 117 y 119; Nº 11, pp. 106 y 107, y Nº 12, pp. 54 y 59.

La cuestión previa fue declarada sin lugar por el tribunal por considerar que la cuestión de competencia sólo se puede plantear entre jueces, pero no entre éstos y las autoridades administrativas. Contra esta decisión no hay apelación y la sentencia quedó firme, con autoridad de cosa juzgada.

Sin embargo, la parte demandada solicitó luego la regulación de la jurisdicción entre el juez de la causa y la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento, autoridad administrativa dependiente del Poder Ejecutivo Nacional.

El juez de la causa declaró no tener materia sobre qué decidir, porque el asunto no corresponde a un procedimiento administrativo, ni tampoco al conocimiento de un tribunal extranjero, que son los casos en que procede alegar la falta de jurisdicción.

La Sala declaró:

a) Que la acción deducida es de cumplimiento de un contrato de arrendamiento entre particulares, es decir, una acción de derecho común u ordinario contemplada en el Art. 1.167 del Código Civil, que corresponde a la jurisdicción civil, según lo dispuesto en el Art. 1º C.P.C., de la cual conocen los jueces ordinarios (Art. 338 C.P.C.).

b) Que el derecho de preferencia contemplado en los Arts. 40 de la Ley de Regulación de Alquileres y 4º del Decreto sobre Desalojo de Viviendas, tiene una indisoluble vinculación con los procesos judiciales a través de los cuales se persigue de una u otra forma, la desocupación de un inmueble arrendado, ya que si la autoridad administrativa competente concede este beneficio al inquilino, el desalojo no puede ejecutarse.

c) No obstante esta vinculación entre el derecho de preferencia y el desalojo judicial, ambas instituciones han de tramitarse según procedimientos y ante autoridades diferentes.

La tramitación del derecho de preferencia debe ventilarse por ante la Dirección de Inquilinato del Ministerio de Fomento, mientras que las demandas de cumplimiento o resolución de contratos de arrendamiento, corresponden a la jurisdicción ordinaria.

d) El derecho de preferencia, una vez ejercido por el inquilino conforme a las disposiciones legales pertinentes, se convierte en una cuestión previa que necesariamente debe resol-

verse antes de que pueda ejecutarse el desalojo. Es
tión previa es de naturaleza prejudicial, ya que deb
tarse y resolverse en un procedimiento separado pa
conocimiento tiene competencia un órgano de la adm
ción pública, cual es la Dirección de Inquilinato del
rio de Fomento, por lo que ejercido el derecho de pre
conforme a la ley, y demostrada esta circunstancia e
cio civil ordinario, debe prosperar la cuestión previa
plada en el ordinal 8º del Art. 346 del Código de Proce
to Civil, es decir, la de existencia de una cuestión pr
que debe resolverse en un proceso distinto.

e) En el presente juicio –asienta la Sala– la parte de
da opuso la cuestión previa de existencia de una
prejudicial, contemplada en el ordinal 8º del Art. 34
digo de Procedimiento Civil. Tal defensa fue decla
lugar por el juez de la causa, confundiendo la cuestió
dicial con la litispendencia, y tal decisión resulta co
mente desacertada. Se trata de una demanda de de
ción, y la posibilidad de que tal desocupación se
depende inexorablemente del destino que corra la
de derecho de preferencia ejercida por el inquilino
autoridad administrativa competente. Por lo tanto,
sa previa de existencia de una cuestión prejudicial pl
por la parte demandada, ha debido ser declarada co

f) Aunque la aludida decisión quedó firme por no se
ble –expresa la Sala–, ha querido este Alto Tribunal
su criterio sobre esta cuestión, para ilustración de lo
y, aun cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema
ticia no es vinculante por lo que respecta a otros pro
se hace un llamado a los jueces que conocen de est
asuntos para que, en aras de la uniformidad de criter
ciales, tomen en consideración, con el respeto que m
concepto de este Alto Tribunal sobre la materia con

g) En conclusión, la Sala declaró que el juez civil de
tiene jurisdicción para conocer del juicio, mientras
tiene la Dirección de Inquilinato del Ministerio de F
como lo pretendía la demanda[9].

9. Cfr. PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia*, cit. Año 1987, Nº 6, p. 83 (Se
4-6-87); reiterada en Sentencia del 13-8-87, en Nº 8-9, p. 94, y en Añ
p. 31. Año 1989, Nº 5, p. 94; Nº 8-9, p. 189; Nº 10, pp. 96-97.

109. *Regulación de la competencia*

La regulación de la competencia está contemplada también en la Sección VI del Título I del Libro Primero que venimos estudiando (Arts. 67-76), y como lo expresa la Exposición de Motivos, "funciona por una parte, como medio para resolver los problemas de competencia y como sustitutivo de la apelación ordinaria a que están sometidas actualmente (en el código de 1916) las decisiones sobre la competencia; y por otra parte, viene a sustituir también al sistema de conflictos de competencia entre jueces, los cuales quedan ahora reducidos exclusivamente a la hipótesis del Artículo 70, que se resuelve mediante la regulación de la competencia"[10].

Puede decirse que la regulación de la competencia consagrada en el nuevo código, es propiamente el medio de impugnación de toda resolución del juez de la causa sobre el incidente de competencia, que hace posible la decisión definitiva del mismo por un Tribunal Superior de la Circunscripción, con efecto vinculante respecto de cualquier juez.

No se requiere para que funcione la regulación según el nuevo sistema, ni la coexistencia de dos decisiones contradictorias pronunciadas sobre la competencia por dos jueces distintos, ni la pendencia ante jueces diversos de dos causas idénticas o conexas (Art. 227 C.P.C. de 1916). La regulación de la competencia según el nuevo código, exige como presupuesto solamente una sentencia que haya pronunciado sobre la competencia[11].

Para comprender la estructura y la función de la regulación de la competencia, examinemos los distintos casos contemplados en el nuevo código.

1°. Aquel en el cual, mediante una sentencia interlocutoria, el juez de la causa declara su propia competencia. 2°. Aquel en el cual el juez declara su propia competencia en la sentencia definitiva, que comprende dos pronunciamientos: uno, previo, sobre la competencia, afirmándola, y otro sobre el fondo o

10. Cfr. Exposición de Motivos, cit. p. 11. Cfr. PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia*, cit. Año 1988, N° 7, p. 59.
11. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit. Vol. II, p. 160. CARNELUTTI, *Instituciones*, cit. Vol. II, p. 61. ROCCO, *Tratado*, cit. Vol. II, p. 96. ANDRIOLLI, *Commento*, cit. Vol. I, pp. 149 y ss.

Las hipótesis que pueden plantearse en la práctica son las siguientes:

a) Si el juez, después de declararse competente, rechaza la demanda: 1) el demandado puede impugnar la parte de la sentencia relativa a la competencia mediante la regulación de ésta, caso en el cual, se suspende el lapso de la apelación ordinaria para el actor; pero esta hipótesis no es probable que se presente en la práctica, porque el demandado gananciosо en el mérito, no estará inclinado a promover la discusión sobre la competencia del juez mediante la regulación de ésta: 2) el actor puede impugnar solamente la parte de la sentencia relativa al mérito con la apelación ordinaria, o apelar de ambos pronunciamientos.

b) Si el juez, después de declararse competente, acoge la demanda, el demandado, si quiere impugnar íntegramente la sentencia, en lo relativo a la competencia y también en el mérito, debe interponer la apelación ordinaria por los dos motivos; si quiere impugnar solamente el mérito, debe proponer la apelación ordinaria, pero le queda precluida la facultad de solicitar la regulación de la competencia (Art. 68 C.P.C.); si quiere impugnar solamente la parte de la sentencia relativa a la competencia, debe solicitar la regulación[13].

c) La solicitud de la regulación de la competencia por la otra parte, con posterioridad a la apelación ordinaria sobre el mérito, suspende el proceso, suspensión que es excepcional, como lo es también la que provoca conforme al Art. 71 C.P.C. la regulación solicitada como impugnación de la decisión a que se refiere el Art. 349 C.P.C., pues en los demás casos no suspende el curso del proceso.

En estos casos, si la decisión del Tribunal Superior que regula la competencia, declarase la incompetencia del juez que venía conociendo, se pasarán los autos al juez o tribunal declarado competente, el cual, para continuar el juicio, deberá reponer la causa al estado de nueva vista y sentencia, conforme a lo previsto en el Título III del Libro Segundo del código. Si bien la disposición del Artículo 75 C.P.C., sólo se refiere a la continuación del juicio, es evidente que el efecto de la in-

13. Cfr. ANDRIOLI, *Commento*, cit. Vol. II, pp. 162-163. ROCCO, ob. cit. Vol. II, pp. 98-99.

competencia declarada hace nula la sentencia de mé
dictada, porque la competencia funciona en el sistem
un presupuesto de la sentencia de mérito (Art. 71 *in*
faltando éste, la sentencia carece de validez forma
efecto no se produciría, en cambio, en la primera hi
considerada, cuando no ha habido sentencia de mérit
en el cual, si el Tribunal Superior que decide la regu
declara la incompetencia del juez que venía conocien
juicio, el efecto es solamente, pasar los autos al juez d
do competente y la continuación del juicio en el estado
se encuentre.

3º Finalmente, en los casos en los cuales el juez se d
incompetente, aun en las hipótesis de los Artículos 5
pueden darse dos hipótesis: a) Que una de las partes
regulación de la competencia, caso en el cual se seg
procedimiento que indica el Art. 71 C.P.C., y b) Que
solicite la regulación dentro del plazo de cinco días d
de pronunciada la decisión. En esta hipótesis, la de
queda firme y es vinculante, tanto para las partes n
como para el juez que deba suplir al abstenido, sin que
plantearse un conflicto negativo de competencia y la
continuará su curso ante el juez declarado competent
plazo indicado en el Art. 75 C.P.C.[14].

El conflicto sólo puede plantearse en el caso de la regu
de competencia *de oficio*, prevista en el Artículo 70, cua
declara la incompetencia del juez por razón de la ma
del territorio en los casos indicados en el Artículo 74, si
o tribunal que haya de suplirle, se considerase a su
competente, caso en el cual solicitará de oficio la regu
de la competencia.

Es éste el único disentimiento entre jueces, que según
tema del nuevo código constituye un conflicto de compe
en su sentido tradicional, el cual, ahora, se resuelve ta
mediante la solicitud de oficio de la regulación de la c
tencia[15].

14. Cfr. PIERRE TAPIA. ob. cit. Año 1987, Nº 8-9, p. 111.
15. Cfr. CALAMANDREI, ob.cit. Vol. II, p. 161. CARNELUTTI, ob. cit. Vol.
ROCCO, ob. cit. Vol. II, pp. 99-100. LIEBMAN, *Manuale di Diritto Pr*
Civile. 2ª Ed. Milano 1975. Vol. I, p. 126. Cfr. PIERRE TAPIA, *Jurisprud*
Año 1987, Nº 8-9, p. 113.

110. *Características de la regulación de la competencia*

Después de estudiar la estructura y la función de la regulación de la competencia, conviene destacar sus principales características:

a) La regulación de la competencia presupone una sentencia dictada por el juez que conoce de la causa, relativa a la competencia, salvo el caso de la regulación de la competencia de oficio (Art. 70 C.P.C.), en la cual no se exige al juez que se considera a su vez incompetente, que declare su incompetencia mediante otra sentencia, sino simplemente, que solicite de oficio la regulación de la competencia.

b) La regulación de la competencia se solicita en todo caso ante el juez que se haya pronunciado sobre la competencia, expresándose las razones o fundamentos que se alegan (Artículo 71).

c) La solicitud de regulación de la competencia no suspende el curso de la causa, y el juez puede ordenar la realización de cualesquiera actos de sustanciación y medidas preventivas, pero se abstendrá de decidir el fondo de la causa mientras no se dicte la sentencia que regule la competencia.

Sólo por excepción, cuando la regulación se solicita por la otra parte con posterioridad a la apelación (Art. 68 *in fine*), o cuando se solicita como medio de impugnación de la decisión a que se refiere el Art. 349 (Art. 71 *in fine*), se suspende el curso del proceso (*supra:* n. 109, 2º c).

d) La decisión sobre la competencia se dicta por el Tribunal Superior de la Circunscripción, al cual el tribunal de la causa que se ha pronunciado sobre la competencia, debe remitir inmediatamente copia de la solicitud para que decida la regulación (Art. 71)[16]. Aquí, la expresión "Tribunal Superior de la Circunscripción", no está empleada en el sentido de superior jerárquico del tribunal que se ha pronunciado sobre la competencia, sino en el sentido que tiene la expresión Tribunales Superiores o Juzgados Superiores en el Título IV de la

16. Cfr. PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia,* cit. Año 1989, Nº 5 p. 101, y Nº 6, p. 42. También, Año 1988, Nº 8 9, p. 334; sentencia en la cual la Corte asienta que la decisión del Superior, no tiene otro grado de conocimiento, queda definitivamente firme, y es inadmisible contra ella una solicitud de regulación de la competencia.

f) Las partes pueden presentar al tribunal que deba decidir la regulación de la competencia, los recaudos que juzguen conducentes sobre el punto de la competencia, pero en ningún caso la falta de presentación de dichos recaudos podrá paralizar el curso del procedimiento de regulación de la competencia, ni la decisión de la misma.

g) La parte que haya promovido la regulación de la jurisdicción o de la competencia que resulte manifiestamente infundada, será condenada por el tribunal que decida, al pago de una multa que no será menor de un mil bolívares ni mayor de cinco mil. En la misma pena incurrirá el juez que haya dejado de enviar oportunamente al tribunal que deba decidir, las actuaciones pertinentes, sin perjuicio de poder ser apremiado a cumplir tal deber por el tribunal llamado a regular la competencia.

h) No tienen recurso de casación las decisiones dictadas en materia de regulación de la competencia. La casación ha interpretado con acierto, lo dispuesto en el Art. 312 C.P.C., acerca del anuncio del recurso de casación. Ha estimado que bajo la vigencia del derogado código de 1916, la interlocutoria que resolvía la excepción dilatoria de incompetencia era la única que tenía recurso propio, autónomo e inmediato, a partir de la fecha de su publicación; pero que el nuevo código en el Art. 312 no la menciona a los efectos del anuncio del recurso de casación, y el mecanismo procesal ahora establecido sólo autoriza la impugnación del fallo que decide la cuestión previa de incompetencia por la vía de la regulación de la competencia, por lo que la Sala estima que la intención del legislador fue la de excluir del recurso de casación a las decisiones dictadas en materia de regulación de la competencia[19].

19. Cfr. PIERRE TAPIA, Oscar "*Jurisprudencia*" cit. Año 1987. N° 11 p. 141 IDEM. Año 1988. N° 3, p. 68. N° 4, p. 69. N° 7, p. 60.

quedar excluido, cuando su imparcialidad se vea comprometida por las especiales relaciones en que se encuentre el juez con las partes o con el objeto de la controversia concreta que le corresponde decidir.

La competencia subjetiva se define así, como la absoluta idoneidad personal del juez para conocer de una causa concreta, por la ausencia de toda vinculación suya con los sujetos o con el objeto de dicha causa.

Algunos autores, al estudiar las normas sobre inhibición y recusación, conciben la exclusión del juez del conocimiento de la causa, como un problema de *falta de capacidad subjetiva del juez* para obrar en nombre del Estado en aquella causa concreta[1]. Otros consideran la cuestión desde el punto de vista de los *requisitos* o condiciones que deben llenar los jueces dentro del ordenamiento judicial, especialmente el de la *imparcialidad*, y la encuadran en las formas de garantizarla en una causa concreta[2]. Otros la conciben como un problema de *legitimación*, y ensayan un paralelismo entre la legitimación que deben tener las partes, fundada en el *interés* que hacen valer en la causa y la legitimación que podría configurarse para el juez, en base al *desinterés* que debe tener en ella, de manera que el mejor juez sería aquel que ofrece en concreto la mayor garantía de imparcialidad[3].

Nosotros preferimos encuadrar sistemáticamente esta cuestión, dentro de la competencia subjetiva del juez, porque las reglas que vamos a estudiar adquieren trascendencia por su proyección en un proceso concreto y no por su incorporación eventual en el sistema de ordenamiento judicial, y funcionan en el proceso como *límites relativos de la jurisdicción* del juez en una causa determinada y no como requisitos de capacidad, porque todo juez, al ser elegido, llena los requisitos de

1. Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, Vol. II, Nº 210 y siguientes. ZANZUCCHI, *Diritto Processuale Civile*, 4ª. Ed. Milano 1947, Vol. I, pp. 197, 233 y 287. COSTA, Sergio, *Astensione e Ricusazione di giudice*, en *Nuovo Digesto italiano*, Vol. I, p. 1.066. COUTURE, *Impedimento, Recusación y Abstención de los jueces*, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1950, Vol. III, p. 131. CUENCA, ob. cit., Vol. II, Nº 540.
2. Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, Vol. II, p. 23, CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil*. Trad. esp. de la 5ª. Ed. Buenos Aires, 1959. Vol. I, Nº 121. MICHELI, Corso, cit. Vol. I, Nº 46.
3. Cfr. En este sentido SATTA, *Diritto Processuale Civile*. 2ª. Ed. Padova. 1950, Nº 25.

capacidad, exigidos en el ordenamiento judicial; ni ta
como requisitos de legitimación para el obrar del juez,
esta noción se refiere específicamente a las partes, en
ción con la pretensión que hacen valer en el proceso
juez, como se verá más adelante[4].

La exclusión del juez del conocimiento de una causa d
nada, por encontrarse en una especial posición o vinc
subjetiva con las partes o con el objeto de la controve
realiza mediante dos institutos paralelos y específic
procesales que pone la ley, uno a disposición del juez,
partes, el otro: *la inhibición y la recusación*, que pas
estudiar seguidamente.

112. *La inhibición*

La inhibición es un *deber* del juez y no una mera facul
ley impone al funcionario judicial que conozca que en
sona existe alguna causa de recusación, la *obligación*
clararla, sin aguardar a que se le recuse (Art. 84 C.P
inhibición se puede definir entonces como el *acto del*
separarse voluntariamente del conocimiento de un
concreta, por encontrarse en una especial posición o v
ción con las partes o con el objeto de ella, prevista p
como causa de recusación.

En esta definición se destacan las características que
inhibición en nuestro derecho:

a) Es un *acto judicial* y no de parte, porque lo realiz
y produce su efecto en el proceso, originando una crisi
tiva del mismo, que se traduce en la separación del
conocimiento del asunto[5].

b) Aunque es un deber del juez, *las partes no tiene*
tad de requerir su inhibición pues la ley no da a las
semejante gestión procesal[6].

4. Cfr. En el sentido del texto, GUASP, *Comentarios a la Ley de Enju*
Civil. 2ª. Ed. Aguilar, Madrid. 1948. Vol. I, p. 567. Posteriormente,
Procesal Civil, Madrid, 1956, p. 157, considera estas reglas como re
compatibilidad relativa de los jueces o magistrados, abandonando su
sistematización anterior.
5. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 48 (2ª. etapa), p. 431.
6. Cfr. *Corte Federal y de Casación*, Memoria 1907, Vol. I, pp. 22 y
Memoria 1943, Vol. II, p. 8. En contra: MARCANO RODRIGUEZ, Apunta
líticas, Vol. II, p. 202.

c) La inhibición *origina un incidente en la causa* concreta sometida al conocimiento del juez inhibido, cuya sola finalidad es resolver la crisis subjetiva del proceso creada con la separación del juez del conocimiento de la causa.

d) Los motivos para la inhibición del juez son las mismas causas de recusación previstas en la ley, y son taxativas. La competencia subjetiva del juez no puede establecerse sino en forma negativa. El funcionario judicial, por el sólo hecho de ser elegido conforme a las previsiones legales, se presume idóneo para el ejercicio de sus funciones en todos los casos. Su exclusión del ejercicio de la jurisdicción en un caso concreto depende de su especial posición en esa causa, respecto de las partes o del objeto, calificada por las causales de exclusión establecidas en la ley. Por ello, no puede admitirse su extensión a situaciones no previstas expresamente, ni la interpretación analógica de las disposiciones que las establecen.

113. *Causales de inhibición y recusación*

Las causales de inhibición y recusación son numerosas en nuestro derecho y están previstas en el Art. 82 del Código de Procedimiento Civil, así:

1º. Por parentesco de consanguinidad con alguna de las partes, en cualquier grado en línea recta, y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive; o de afinidad hasta el segundo, también inclusive. Procede también la recusación por ser cónyuge del recusado el apoderado o asistente de una de las partes.

2º. Por parentesco de afinidad del cónyuge del recusado con cualquiera de las partes, dentro del segundo grado, si vive el cónyuge y no está divorciado o separado de cuerpos, o si, habiendo muerto o declarándose el divorcio o la separación de cuerpos, existen hijos de él con el recusado.

3º. Por parentesco de afinidad del recusado con el cónyuge de cualquiera de las partes, hasta el segundo grado inclusive, en caso de vivir el cónyuge que cause la afinidad sin estar divorciado o separado de cuerpos, o en caso de haber hijos del mismo con la parte, aunque el cónyuge haya muerto o se halle divorciado o separado de cuerpos.

4º. Por tener el recusado, su cónyuge o alguno de sus consanguíneos o afines dentro de los grados indicados, interés directo en el pleito.

5º. Por existir una cuestión idéntica que deba deci
otro pleito en el cual tengan interés las mismas p
indicadas en el número anterior.

6º. Si el recusado o su cónyuge fueren deudores d
vencido de alguno de los litigantes o de su cónyuge.

7º. Si el recusado, su cónyuge o sus hijos tuviere
pendiente ante el tribunal en el cual el litigante sea

8º. Si en los cinco años precedentes se ha seguido ju
minal entre una de las mismas personas y uno de los
tes, su cónyuge o hijos.

9º. Por haber dado el recusado recomendación, o p
su patrocinio en favor de alguno de los litigantes,
pleito en que se le recusa.

10º. Por existir pleito civil entre el recusado o algun
parientes dentro de los grados indicados, y el recusar
ha principiado antes de la instancia en que ocurre la
ción, y si no han transcurrido doce meses a partir del
del pleito entre los mismos.

11º. Por ser el recusado dependiente, comensal, tut
rador, heredero presunto o donatario, de alguno de
gantes.

12º. Por tener el recusado sociedad de intereses, o
íntima, con alguno de los litigantes.

13º. Por haber recibido el recusado, de alguno de el
vicios de importancia que empeñen su gratitud.

14º. Por ser el recusado administrador de cualqui
blecimiento público o particular relacionado direct
con el pleito.

15º. Por haber el recusado manifestado su opinión
principal del pleito o sobre la incidencia pendiente an
sentencia correspondiente, siempre que el recusado
en la causa.

16º. Por haber sido el recusado testigo o experto en e
siempre que sea juez en el mismo.

17º. Por haber intentado contra el juez queja que
admitido, aunque se le haya absuelto, siempre que n
pasado doce meses de dictada la determinación fina

18º. Por enemistad entre el recusado y cualquiera de los litigantes, demostrada por hechos que, sanamente apreciados, hagan sospechable la imparcialidad del recusado.

19º. Por agresión, injuria o amenazas entre el recusado y alguno de los litigantes, ocurridas dentro de los doce meses precedentes al pleito.

20º. Por injurias o amenazas hechas por el recusado a alguno de los litigantes, aun después de principiado el pleito.

21º. Por haber el recusado recibido dádiva de alguno de los litigantes, después de comenzado el pleito.

22º. Por haber fallado la causa un ascendiente, descendiente o hermano del recusado.

Sin embargo, no hay lugar a recusación porque exista una de las causas expresadas, entre el funcionario judicial por una parte, y por la otra el tutor, curador, o apoderado de alguno de los litigantes, o los miembros, jefes o administradores de establecimientos, sociedades o corporaciones que sean partes en el juicio, a menos que se trate de las causales 1ª., 2ª., 3ª., 4ª., 12ª. y 18ª. (Art. 83 C.P.C.).

Una novedad introduce en el Artículo 83 el nuevo código, con el objeto de impedir la práctica maliciosa, tan frecuente bajo el anterior código, de aprovechar la existencia de una causal de recusación entre el juez y el apoderado de una de las partes, declarada existente con anterioridad en un proceso, para hacerla valer de nuevo en otro distinto, en el cual interviene el mismo apoderado, inhabilitándose así permanentemente al juez para conocer en todas las causas en que actúe dicho apoderado. Es la corruptela llamada en el lenguaje de la práctica del foro, del *"abogado sacacorchos"*, porque mediante pingües estipendios, este personaje podrá lograr, en beneficio de alguna de las partes, sacar al juez del conocimiento del asunto, con la simple presentación en autos de un poder de representación de una de las partes, que provocaba la inhibición del juez. Para poner fin a esta corruptela se introdujo en el Artículo 83 del proyecto original la previsión correspondiente, la cual sufrió alguna modificación en las discusiones parlamentarias, quedando la redacción final de esa parte del Artículo 83, así:

"No serán admitidos a ejercer la representación o asi
de las partes en juicio, quienes estén comprendidos
juez en alguna de las causales expresadas en el Artí
que hubiere sido declarada existente con anteriori
otro juicio, el cual será indicado por el juez en su pro
miento, de oficio o a solicitud de parte.

Cuando en el lugar donde se siga el juicio no existiere
solo tribunal competente para conocer del asunto, la
sentación o la asistencia de la parte por el abogado co
dido con el juez en alguna de las causales previsto
Artículo 82, ya declarada existente con anterioridad
juicio ante el mismo tribunal, sólo será admitida si el
rado o asistente se presentare a ejercer la represent
la asistencia de la parte antes de la contestació
demanda"[7].

114. *Clasificación de las causales*

Las causales de inhibición y recusación enumerada
Artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, se pue
sificar en dos grandes grupos: A) Aquellas que se refie
relación del juez con las partes, y B) Aquellas que se
a su relación con el objeto de la causa[8].

A) Las primeras se fundan en la existencia de una
ción personal del juez con las partes, que hace presu
decisión que tome en cuenta esta vinculación sin pre
se de la justicia o injusticia de la solución.

Dentro de este grupo se distinguen dos subgrupos: 1
llas causas fundadas en una excesiva *unión* del juez c
na de las partes. 2) Las causas fundadas en una e
distancia entre las mismas personas. En el primer su
se teme una decisión favorable a la parte, aun cuand
justa. En el segundo se teme una resolución desfavo

7. Cfr. Exposición de Motivos, cit. p. 13. Cfr. HENRIQUEZ LA ROCHE, R
mentarios al Nuevo Código de Procedimiento Civil (concordado y
Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Maracaibo. 1986, p. 134.
8. La mayoría de los autores modernos adopta esta clasificación, con al
tices de diferenciación. Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, Vol. II, Nº 210-
Nuovo Digesto italiano, Vol. I, p. 1.066. GUASP, *Comentarios*, Vol. I, p
TURE, *Estudios*, Vol. III, p. 162. En el texto seguimos la de GUASP por
la más simple y técnica.

1) Las causas que consisten en una excesiva unión del juez con alguna de las partes, se descomponen a su vez, según que el motivo de la unión sea: a) de índole *jurídica*, o b) de índole *social*.

a) Las causas de unión fundadas en motivos jurídicos son: el parentesco de consanguinidad o de afinidad en las líneas y grados indicados (1º, 2º y 3º, Art. 82). Ser el recusado tutor, curador, heredero presunto o donatario de alguno de los litigantes (11º, Art. 82). Haber fallado la causa un ascendiente, descendiente o hermano del recusado (22º, Artículo 82).

b) Las causas de unión fundadas en motivos *sociales* son las siguientes: la amistad íntima con alguno de los litigantes, o sociedad de intereses con él (12º, Art. 82). Haber recibido el recusado servicios que empeñen su *gratitud*, o ser comensal de alguno de los litigantes (11º y 13º, Art. 82). Ser el recusado o su cónyuge deudores de plazo vencido de alguno de los litigantes o de su cónyuge (6º, Art. 82), o haber recibido dádiva de alguno de los litigantes, después de comenzado el pleito (21º, Art. 82).

2) Las causas de recusación que consisten en una excesiva distancia existente entre el juez y una de las partes, se distinguen también según que el motivo que la origina sea de índole jurídica o social.

a) Las causas fundadas en motivos jurídicos son: la existencia de un pleito civil pendiente entre el recusado o alguno de sus parientes y el recusante, si se ha principiado antes de la instancia en que ocurre la recusación (10º, Art. 82). La existencia de un pleito pendiente en que el recusado, su cónyuge o sus hijos sean parte, ante un tribunal en el cual el litigante sea el juez (7º, Art. 82). Haber intentado contra el juez recurso de queja que se haya admitido, aunque se le haya absuelto, siempre que no hayan pasado doce meses de la determinación (17º, Art. 82). Si en los cinco años precedentes se ha seguido juicio criminal entre una de las mismas personas y uno de los litigantes, su cónyuge o hijos (8º, Art. 82).

b) Las causas de distancia fundadas en motivos sociales se reducen a la enemistad, demostrada por hechos que, sanamente apreciados, hagan sospechable la imparcialidad del recusado (18º, Art. 82). La agresión, injurias o amenazas en-

115. *Sujetos de la inhibición*

Los sujetos de la inhibición son los *funcionarios judiciales*. Nuestro código no limita la institución a los jueces solamente, sino que la extiende a todos los funcionarios judiciales, sean ordinarios, accidentales o especiales, así como también a los secretarios y a los funcionarios ocasionales, tales como asociados, jueces comisionados, asesores, peritos, prácticos, intérpretes y, en general, a toda persona auxiliar de la justicia, que desempeñe en el proceso una función capaz de producir, por obra de su parcialidad, un daño a las partes interesadas.

Por tanto, la inhibición, lo mismo que la recusación, es esencialmente *personal*, se refiere a la persona del funcionario u órgano judicial en sentido subjetivo (*supra:* n. 56) y no al tribunal u órgano jurisdiccional en sentido objetivo. Sin embargo, esto no obsta para que puedan inhibirse o ser recusados todos los miembros de un tribunal, cuando la causal afecte a todos y cada uno de los jueces o funcionarios que lo encarnan[9]. Es indiferente que los sujetos de la inhibición o de la recusación estén conociendo de una causa contenciosa o de un asunto de jurisdicción voluntaria, la ley no hace distinciones. La doctrina venezolana admite generalmente la inhibición o la recusación en asuntos de jurisdicción voluntaria.

116. *Forma de la inhibición*

Como acto procesal del juez, la inhibición está sometida a la forma general de expresión de los actos procesales, por escrito (Art. 188 C.P.C.). Sin embargo, el Art. 84 especifica que la declaración de inhibición del juez, se haga en un *acta*, en la cual se expresen las circunstancias de tiempo, lugar y demás del hecho o los hechos que sean motivo del impedimento y que se exprese la parte contra quien obre el impedimento. Quiere con ello la ley expresar que las inhibiciones han de ser debidamente fundamentadas o sustanciadas, con expresión de las circunstancias de hecho que están tipificadas como causal de inhibición y que no aparezca como un acto capri-

9. La recusación en masa de un tribunal no puede extenderse a los jueces que deben resolver la incidencia de recusación si son distintos de los jueces que deben sentenciar la causa, porque la recusación tiende a excluir al juez llamado a conocer de la causa y no a aquellos llamados a conocer de la recusación. En este sentido CARNELUTTI, *Una straordinaria esperienza in tema di ricusazione di giudici*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1950, Vol. II, p. 18.

choso o inmotivado del funcionario, porque en este c
ser rechazada la inhibición. Por otra parte, la exig
que ella exprese la persona contra quien obre el imp
to, se justifica, porque como veremos más adelant
parte la que puede allanar al funcionario inhibido. I
de Casación ha fallado repetidamente, que la falta d
ción de la parte contra quien obra el impedimento, r
el acto y es subsanable, cuando la parte, no obstante
realiza el allanamiento[10].

117. *El allanamiento*

El allanamiento es el acto de la parte a quien podr
dicar la parcialidad del funcionario inhibido, por
aquélla se aviene o conforma con que el funcionario
nociendo del asunto, no obstante estar incurso en l
declarada por el mismo. El allanamiento –como expr
jas– es una implícita declaratoria de que se tiene c
en la rectitud del magistrado, y es tan hidalga la fe
nante y honra de tal modo la indiscutida probidad de
do, que la ley no ha querido privar a éste del derec
guir conociendo[11].

Por tanto, el juez o funcionario inhibido podrá cont
sus funciones si convinieren en ello, mediante el alla
to, las partes o aquella contra quien obrare el impe
Sin embargo, si el impedimento fuere el de ser el fun
inhibido o recusado cónyuge, ascendiente, descen
hermano de alguna de las partes, o el de tener interé
en el pleito, siendo el funcionario juez o conjuez, r
continuar conociendo de la causa aunque se haya p
el allanamiento (Art. 85 C.P.C.).

El allanamiento está sometido también a requisitos d

a) Debe formularse dentro de los dos días siguier
declaración de inhibición del funcionario (Art. 86);
manifestarse en acta firmada ante el secretario del
(Arts. 86 y 106); c) Puede manifestarse por la parte
por su apoderado en el juicio.

10. Cfr. *Corte Federal y de Casación*, Memoria 1939, Vol. II, p. 329.
11. BORJAS, *Commentarios*, Vol. I, Nº 133.

El allanamiento no obliga al funcionario a continuar conociendo del juicio. El puede manifestar en el mismo día o en el siguiente al allanamiento, su voluntad de no seguir conociendo, y sólo a falta de esta manifestación, queda obligado a continuar desempeñando sus funciones, siempre que no se trate de los impedimentos que según el Art. 85, no dejan al impedido la facultad de continuar conociendo en virtud del allanamiento (Art. 87).

118. *La incidencia de inhibición*

La incidencia de inhibición *nace* con la declaración que hace el funcionario, en cualquier estado de la causa, de encontrarse incurso en alguna de las causales de recusación (Art. 84 C.P.C.), y su *objeto* es resolver la crisis subjetiva del proceso creada con la separación del juez o funcionario del conocimiento de la causa. Mientras esta crisis se resuelve, el *efecto* que produce su mero planteamiento, es el de pasar el conocimiento de la causa inmediatamente, mientras se decide la incidencia, a otro tribunal de la misma categoría, si lo hubiere en la localidad, y en defecto de éste, a quien deba suplirlo conforme a la ley, porque ni la recusación ni la inhibición suspenden el curso de la causa (Art. 93)[12]. Sin embargo, la incidencia no termina exclusivamente con la decisión de la misma, puede terminar también, cuando allanado el funcionario que haya manifestado el impedimento, éste exprese su voluntad de seguir conociendo, o desde que se presume esa voluntad (Art. 94 C.P.C.), como ocurre cuando el funcionario allanado no manifiesta en el mismo día o en el siguiente, que no está dispuesto a seguir conociendo (Art. 87 C.P.C.), y el impedimento no es de los que según el Art. 85 impiden al juez o conjuez continuar en sus funciones.

El juez o funcionario a quien corresponda decidir la inhibición resolverá dentro de tres días, sin pruebas, ni alegatos, ni relación, con vista únicamente de las actas correspondientes y sin oír apelación (Arts. 88 y 89). La doctrina y la jurisprudencia han establecido que la declaración del funcionario inhibido, se tiene por verdadera, sin necesidad de abrir a pruebas la incidencia, siempre que no sea constante de autos su falsedad o inexactitud, pero esto no obsta para que las partes

12. Cfr. PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia*, cit. Año 1988. Nº 3 p. 69.

En cuanto al funcionario que debe resolver la incidencia, son comunes, en nuestro sistema, las reglas para determinar el juez competente para decidir la inhibición y la recusación, por lo cual dejamos para otro lugar la explicación de dichas reglas, según el sistema adoptado por la Ley Orgánica del Poder Judicial (*infra:* n. 124).

119. *La recusación*

Si la inhibición es un *deber* del juez, en cambio, la recusación es un *poder* de las partes, orientado a provocar la exclusión del juez cuando éste no haya dado cumplimiento al deber de inhibición. Este poder se concreta en el *acto* de recusación, que es por tanto un acto de parte.

La recusación se define así como *el acto de la parte por el cual se exige la exclusión del juez del conocimiento de una causa concreta, por encontrarse en una especial posición o vinculación con las partes o con el objeto de ella y no haber dado cumplimiento a su deber de inhibición.*

En esta definición se destacan los caracteres de la recusación en nuestro derecho, de los cuales algunos son comunes a la inhibición y a la recusación y otros no.

a) La recusación tiene de común con la inhibición, que *origina un incidente* en la causa concreta sometida al conocimiento del juez recusado. La finalidad de esta incidencia es resolver la crisis subjetiva del proceso, originada en la pretendida falta de competencia subjetiva del juez para conocer de dicha causa.

Por tanto, versando la incidencia sobre la falta de un presupuesto del proceso: *la competencia subjetiva del juez,* ella tiene carácter jurisdiccional, tanto por su objeto como por el fin al cual va preordenada.

b) La recusación tiene los mismos límites subjetivos y objetivos que la inhibición, porque está referida a los funcionarios judiciales, sean ordinarios, accidentales o especiales, y se funda en las mismas causales taxativas previstas en la ley (Arts. 82 y 84 C.P.C.).

c) La recusación persigue el mismo *efecto* que la inhibición, esto es, la exclusión del juez o funcionario del conocimiento

recusación de los jueces y secretarios y la de los demás funcionarios ocasionales (Art. 90 C.P.C.).

a) La recusación de los jueces y secretarios se intentará, bajo pena de caducidad, hasta un día antes del fijado para la contestación de la demanda, cuando se trate de causales existentes con anterioridad a dicho acto; si la causa o motivo de la recusación sobreviene con posterioridad al acto de la contestación de la demanda, o se trate de los impedimentos previstos en el Artículo 85, la recusación podrá proponerse hasta el día en que concluya el lapso probatorio.

Caso de que fenecido el lapso probatorio, otro juez o secretario intervengan en la causa, las partes podrán recusarlos, por cualquier motivo legal, dentro de los tres días siguientes a su aceptación.

Cuando no haya lugar al lapso probatorio conforme al Artículo 389 la recusación de los jueces y secretarios podrá proponerse dentro de los cinco primeros días del lapso legal previsto para el acto de informes en el Artículo 391 (Art. 90 C.P.C.).

b) En cambio, los asociados, jueces comisionados, asesores, peritos, prácticos, intérpretes y demás funcionarios ocasionales, pueden ser recusados en los tres días siguientes a su nombramiento, en el caso de los jueces comisionados, o a la aceptación en el caso de los demás funcionarios indicados. La distinción entre jueces comisionados, cuya recusación debe hacerse dentro de los tres días de su nombramiento, y los demás funcionarios, cuya recusación debe hacerse dentro de los tres días siguientes a su aceptación, se explica porque los jueces comisionados están obligados a cumplir la comisión y la aceptación de su nombramiento es obligatoria; por tanto, contribuye a la economía procesal la recusación inmediata, dentro de los tres días de su nombramiento, antes de que les sea librado el despacho correspondiente, y además, porque el juez de la causa, ante la recusación planteada, puede revocar la comisión y conferirla a otro, haciendo inútil de este modo la incidencia, o no darle curso a la comisión mientras no haya sido sentenciada la incidencia. En cambio, los demás funcionarios, tales como asesores, peritos, intérpretes, etc., no entran a ejercer sus funciones sino desde la aceptación y juramentación, y pueden excusarse. Por tanto, es lógico que sea a partir de su aceptación que pueda proponerse la recusación.

so de la causa, no se producirá ahora bajo el nuevo código, porque según los Arts. 93 y 97 ni la recusación ni la inhibición detendrán el curso de la causa, cuyo conocimiento pasará inmediatamente, mientras se decide la incidencia, a otro tribunal de la misma categoría, si lo hubiere en la localidad, y en defecto de éste, a quien deba suplirlo conforme a la ley. Si la recusación o la inhibición fuere declarada con lugar, el sustituto continuará conociendo del proceso y, en caso contrario, pasará los autos al inhibido o recusado (Art. 93 y 97).

123. *La incidencia de recusación*

La incidencia de recusación nace con la interposición de la recusación por la parte, en la forma autorizada por la ley (Art. 92 C.P.C.) y en el tiempo permitido para hacerlo (Art. 90 C.P.C.). Su interposición obliga al juez recusado a informar ante el secretario, en el día siguiente, todo lo conveniente para la averiguación de la verdad (Art. 92 C.P.C.). Se origina así una crisis del proceso, por la pretendida falta de competencia subjetiva del juez o funcionario para intervenir en la causa, crisis que debe ser resuelta en la incidencia correspondiente. Para resolver esta crisis, el juez a quien corresponda decidir la incidencia, debe admitir las pruebas que el recusante, el recusado o la parte contraria de aquél, quieran presentar, dentro de los ocho días siguiente a la fecha en que el juez recibe el expediente, y sentenciará al noveno, sin admitir término de distancia (Art. 96 C.P.C.). Pero si renunciaren a dicho término y el juez no creyere conveniente mandar a evacuar de oficio alguna prueba dentro de dicho término, dictará la sentencia dentro de veinticuatro horas después de recibidas las actuaciones. En esta incidencia, no se obligará al juez recusado a absolver posiciones juradas, pero podrán exigírsele informes, los cuales extenderá por escrito, sin necesidad de concurrir ante el juez que conoce de la recusación. De la sentencia que resuelve la incidencia de recusación, no se oye apelación (Art. 101 C.P.C.).

Mientras se decide la incidencia, el conocimiento de la causa debe pasar inmediatamente a otro tribunal de la misma categoría, si lo hubiere en la localidad, y en defecto de éste, a quien deba suplirlo conforme a la ley, porque la recusación, lo mismo que la inhibición, no suspende el curso de la causa (Art. 93 C.P.C.).

15. Cfr. PIERRE TAPIA, *Jurisprudencia*, cit. Año 1988, Nº 3.

que hubiere designado su Mesa Directiva o posteriormente en la fecha más inmediata.

Caso de que ninguno de los magistrados pudiere conocer de la incidencia, conocerán de ella los suplentes o, en su defecto, los conjueces en el orden establecido en la lista que a tal efecto elaborará también la Corte en la misma oportunidad indicada.

Asimismo, se convocará a los suplentes, y en defecto de éstos, a los conjuces, cuando se inhiban o sean recusados todos los magistrados de la Corte en Pleno (Art. 72, L.O.C.S.J.).

b) Cuando la recusación o inhibición fuere *parcial* y se produjere en la Corte en Pleno, se procederá según lo dispuesto en la primera parte del Art. 72; pero si ocurriere en una Sala, el conocimiento de la incidencia corresponderá al presidente de ésta, a menos que se hallare entre los recusados o inhibidos, en cuyo caso conocerá el vicepresidente, y si éste también estuviere impedido, decidirá el magistrado, suplente o conjuez no inhibidos ni recusados, a quienes corresponda conocer, teniendo en cuenta el orden en que aparezcan en las listas de que formen parte, respectivamente (Art. 73 L.O.C.S.J.).

Declarada con lugar la recusación o inhibición, se constituirá la respectiva Sala Accidental con los suplentes o conjueces a quienes corresponda llenar la falta (Art. 77 L.O.C.S.J.).

B) En los casos de Cortes Superiores, la ley distingue según sean inhibidos o recusados todos los jueces que la integran o solamente uno o dos de ellos:

1) En los casos de inhibición o recusación de todos los jueces de una Corte Superior, corresponde la decisión a los suplentes en el orden de su elección y agotados éstos, a los conjueces en el orden de su designación, a menos que hubiere en la localidad otro tribunal de igual categoría y competencia, caso en el cual deberán ser pasados a éste los autos a los fines del conocimiento de la incidencia y de ser declarada con lugar la inhibición o recusación, del conocimiento del fondo del asunto. Este procedimiento se observa también en los Juzgados Superiores (unipersonales), según el Art. 60 L.O.P.J.

2) En los casos de recusación o inhibición de uno o dos jueces de una Corte Superior, decidirá la incidencia el presidente si no es de los recusados o inhibidos, y de lo contrario conocerá, se-

gún sea el caso, el otro juez no recusado o inhibido o uno
otros dos jueces no recusados o inhibidos, elegidos
suerte (Art. 61 L.O.P.J.).

C) En los casos de tribunales unipersonales, la ley
gue la inhibición o recusación del juez de la del secre
alguacil, asociados, jueces comisionados, asesores, p
prácticos y demás funcionarios ocasionales:

1) La inhibición o recusación de los jueces en los tribu
unipersonales es decidida por el tribunal de alzada, c
actuaren en la misma localidad; y en caso contrario,
suplentes, en el orden de su elección, a menos que hubi
la localidad otro tribunal de igual categoría y compet
caso en el cual deberán pasarse los autos a éste a los fi
conocimiento de la incidencia o del fondo del asunto e
de ser declarada con lugar la recusación o inhibición (
L.O.P.J.).

2) De la inhibición o recusación de los secretarios y al
les, así como también de los asociados, jueces comisio
asesores, peritos, prácticos, intérpretes y demás fun
rios ocasionales y auxiliares judiciales, conocerá en los
nales colegiados el presidente y en los unipersonales
(Art. 67 L.O.P.J.).

D) Declarada sin lugar la recusación o inadmisible,
biendo desistido de ella el recusante, pagará éste una
de dos mil bolívares si la causa de la recusación no
criminosa, y de cuatro mil bolívares si lo fuere. La m
pagará en el término de tres días al tribunal donde se i
la recusación, el cual actuará de agente del Fisco Na
para su ingreso en la Tesorería Nacional. Si el recusa
pagare la multa dentro de los tres días, sufrirá un arre
quince días en el primer caso y de treinta días en el se
(Art. 98 C.P.C.). Si la causa de la recusación fuere crim
tendrá el recusado la acción penal correspondiente
quien la haya propuesto, pero si la ejerciere, deberá
nerse, en todo caso, de seguir interviniendo en el asunt
99 C.P.C.). Si la parte sufriere el arresto a que se re
Artículo 98 por culpa o negligencia de su apoderado
comunicarle oportunamente la multa impuesta por el
nal, podrá reclamarle indemnización de daños y per
(Art. 100 C.P.C.).

E) Conforme al Artículo 102 C.P.C., es inadmisible la recusación que se intente sin expresar motivos legales para ella; la intentada fuera del término legal y la que se intente después de haber propuesto dos en la misma instancia, o sin pagar la multa, o sin sufrir el arresto en que se haya incurrido por una recusación anterior, según el Artículo 98 (Art. 102 C.P.C.).

En ningún caso, ni la recusación ni la inhibición tendrán efecto sobre los actos anteriores (Art. 103 C.P.C.).

CAPITULO IX

EL SECRETARIO Y EL ALGUACIL

SUMARIO

125. *Nociones generales*

Hemos visto, al tratar del órgano jurisdiccional (*su*
que en su sentido *objetivo* el órgano es la esfera d
deberes objetivamente atribuida por la ley a ci
para el ejercicio de la función jurisdiccional, y q
sentido, son órganos jurisdiccionales, la Corte S
Justicia y los demás tribunales que determina la l
visto, asimismo, que en sentido *subjetivo*, el órgan
sona física que obra en nombre del tribunal para
de la función jurisdiccional, siendo en este sentido
los órganos jurisdiccionales por excelencia.

Pero si bien el juez es un órgano que encarna el
ejerce la función jurisdiccional atribuida por la C
y las leyes a los tribunales de la República (*su*
existen sin embargo, otros funcionarios o auxili
que si bien integran o encarnan el tribunal, como
jetivamente considerado, carecen de la facultad
propia del juez, y sólo realizan en el proceso func
liares de la justicia expresamente atribuidas po
nuestro sistema procesal, estos funcionarios auxi
justicia que encarnan permanentemente el tribu
secretario y el *alguacil*. La Ley Orgánica del Pod
establece que *"Todo tribunal tendrá un secretario*
cil, así como los empleados subalternos que fue
rios para su mejor funcionamiento"[1].

En sentido general se pueden definir el secretario
como funcionarios judiciales auxiliares del juez,

1. Cfr. Art. 16. Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

E) Conforme al Artículo 102 C.P.C., es inadmisible la recusación que se intente sin expresar motivos legales para ella; la intentada fuera del término legal y la que se intente después de haber propuesto dos en la misma instancia, o sin pagar la multa, o sin sufrir el arresto en que se haya incurrido por una recusación anterior, según el Artículo 98 (Art. 102 C.P.C.).

En ningún caso, ni la recusación ni la inhibición tendrán efecto sobre los actos anteriores (Art. 103 C.P.C.).

CAPITULO IX

EL SECRETARIO Y EL ALGUACIL

SUMARIO

125. *Nociones generales*

Hemos visto, al tratar del órgano jurisdiccional (*su*
que en su sentido *objetivo* el órgano es la esfera d
deberes objetivamente atribuida por la ley a ci
para el ejercicio de la función jurisdiccional, y c
sentido, son órganos jurisdiccionales, la Corte S
Justicia y los demás tribunales que determina la l
visto, asimismo, que en sentido *subjetivo*, el órgan
sona física que obra en nombre del tribunal para
de la función jurisdiccional, siendo en este sentido
los órganos jurisdiccionales por excelencia.

Pero si bien el juez es un órgano que encarna el
ejerce la función jurisdiccional atribuida por la C
y las leyes a los tribunales de la República (*su*
existen sin embargo, otros funcionarios o auxili
que si bien integran o encarnan el tribunal, como
jetivamente considerado, carecen de la facultad
propia del juez, y sólo realizan en el proceso func
liares de la justicia expresamente atribuidas po
nuestro sistema procesal, estos funcionarios auxi
justicia que encarnan permanentemente el tribu
secretario y el *alguacil*. La Ley Orgánica del Po
establece que "*Todo tribunal tendrá un secretario*
cil, así como los empleados subalternos que fue
rios para su mejor funcionamiento"[1].

En sentido general se pueden definir el secretario
como funcionarios judiciales auxiliares del juez,

1. Cfr. Art. 16. Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

nan en forma permanente el tribunal y que realizan funciones específicas atribuidas por la ley, extrañas a la facultad de decisión propia del juez.

Si bien el secretario y el alguacil son funcionarios judiciales, en el sentido expresado, ellos se distinguen del juez y de otros óganos auxiliares de la justicia por dos caracteres esenciales: a) No tienen facultad de decisión en el proceso, lo que los distingue del juez, y b) Integran el órgano jurisdiccional en forma permanente, y en esto se distinguen de otros auxiliares de la justicia, tales como los asociados, asesores, peritos, prácticos, intérpretes y demás funcionarios *ocasionales*.

El órgano jurisdiccional, en sentido objetivo (tribunal), se nos aparece así como un órgano *complejo*, integrado por diversos funcionarios: el juez, el secretario y el alguacil, a los cuales corresponden funciones diferentes en el régimen del proceso, pero que concurren simultáneamente todas ellas, a la realización de la función jurisdiccional[2].

126. *Atribuciones del secretario*

Las atribuciones del secretario son numerosas en nuestro sistema, sin embargo, podemos clasificarlas en dos grandes grupos: A) Las que se relacionan directamente con la función jurisdiccional y concurren a la realización de esta función, y B) las que se refieren propiamente a la organización de la administración de justicia y sólo indirecta y mediatamente se relacionan con la función jurisdiccional.

A) Entre las atribuciones del secretario que se relacionan directamente con la función jurisdiccional y concurren a la realización de esta función, las más importantes son las siguientes:

1) La función de *documentación*. El secretario es el funcionario que tiene la atribución de autorizar las exposiciones o solicitudes de las partes y los actos del tribunal (Arts. 105, 106, 187, 188 y 189 C.P.C.).

Siendo el proceso esencialmente escrito, el secretario es el funcionario que documenta y autoriza con su firma las solici-

2. Cfr. En este sentido: CHIOVENDA, *Istituzioni*, Vol. II, Nº 154. CALAMANDREI, *Istituzioni*, Vol. II, p. 8. SATTA, *Diritto Processuale Civile*. 2ª Ed. Padova, Cedam. 1950, p. 43.

secretario, por su función de documentación da autenticidad al acto y le comunica la fe pública.

Como consecuencia de lo dicho, el acto del tribunal cumplido sin la presencia del secretario es un acto nulo, por no haber sido realizado por el órgano apropiado. Pero no debe confundirse la falta de intervención del secretario en el acto con la mera falta de su firma. La omisión de la firma del secretario en un acto del tribunal en el cual ha intervenido dicho funcionario, no hace írrito el acto, porque la ley no lo dispone así, sino que la considera más bien como una falta material, sujeta a la pena disciplinaria de apercibimiento y aun de multa, que no exceda de doscientos bolívares, que podrán imponer la Corte Suprema de Justicia y las Cortes Superiores, conforme al Artículo 27 del Código de Procedimiento Civil. No ocurre lo mismo cuando en un acta del proceso faltan las firmas del juez y del secretario, aunque el acta aparezca firmada por la parte, pues en tales condiciones el acta es inexistente, puesto que no se puede dar carácter de tal a una nota en el expediente suscrita exclusivamente por extraños al tribunal[4].

3) Autorizar los testimonios y copias certificadas que soliciten los interesados en cualquier estado de la causa (Art. 92, Ord. 4º L.O.P.J. y Arts. 111 y 112 C.P.C.), así como también, después de concluida, dar copia de cualesquiera actuaciones que en ella existan, a quien la pida a su costa, exceptuando aquellas que se reserven por decencia pública, de las cuales no podrá darse testimonio sino a la partes.

Mas, esa atribución del secretario no puede ejercerla de propia autoridad, sin previo decreto del juez que ordene la expedición de la copia certificada, decreto que ha de insertarse al pie de la certificación emanda del secretario, sin lo cual se hace viciosa la certificación. La Sala de Casación ha decidido que la falta de inserción en los testimonios o certificaciones expedidas por los secretarios, del decreto del juez que autorice tal expedición, hace viciosa la copia certificada, porque la inserción de referencia es parte integrante de la copia certificada, a la que para alcanzar autenticidad no le basta solamente la presencia del secretario, o funcionario que la expide, sino junto con ella, la condición del cumplimiento estricto

4. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 10, p. 228. Cfr. *Gaceta Forense*, Nº 17 (2a. etapa), pp. 44 y siguientes.

B) Entre las atribuciones del secretario referidas propiamente a la organización de la administración de justicia, se encuentran las siguientes (Art. 92 L.O.P.J.):

1) Dirigir la Secretaría, concurriendo a ella para atender al servicio del público y custodiar el sello del tribunal bajo su responsabilidad (Art. 108 C.P.C.).

2) Llevar con toda claridad y exactitud el Libro Diario del tribunal, el cual firmará conjuntamente con el juez al terminar cada día (Art. 113 C.P.C.).

3) Llevar el Libro Copiador de Sentencias Definitivas.

4) Llevar el Libro de Actas y el de Registro de Entradas y Salidas de Causas.

5) Llevar por duplicado el Libro de Registro de Poderes, en los lugares donde no existan Notarías Públicas.

6) Llevar por duplicado el Libro de Autenticaciones, en los lugares donde no existan Notarías Públicas.

7) Llevar el Libro de Manifestaciones de Esponsales y el de Registro de Partidas de Matrimonio en los Juzgados de Municipio o de Parroquia.

8) Llevar además los siguientes libros: el de Acuerdos y Decretos, el Copiador de Correspondencia, el de Conocimiento de Correspondencia y Expedientes, el de Juramento, el de Presentación, el Indice de Expedientes y cualquier otro necesario para la buena marcha del tribunal.

9) Recibir y entregar la Secretaría, el archivo, la biblioteca y el mobiliario del tribunal, bajo formal inventario.

127. *Atribuciones del alguacil*

Del mismo modo que el secretario, el alguacil realiza en el proceso ciertas funciones directamente relacionadas con la función jurisdiccional y otras que sólo mediata o indirectamente se relacionan con la misma.

Entre las primeras, el alguacil tiene específicamente la atribución de practicar las *citaciones* y *notificaciones* (Art. 115 C.P.C.), así como también la de *documentación* de dichos actos en el expediente de la causa. Entre las segundas, aquellas simplemente materiales y de ejecución de las órdenes que en

uso de sus de sus atribuciones le comuniquen los jue
secretarios (Art. 116 C.P.C.)[7].

a) Así, el alguacil practica la citación personal del de
dado para la contestación de la demanda, entregándo
copia certificada del libelo de la demanda, con la orde
comparecencia expedida por el tribunal, en su morada,
el lugar donde lo halle, si no lo encontrare en aquélla,
nos que esté en el ejercicio de una función pública o
templo (Arts. 218 y 345 C.P.C.).

b) El alguacil documenta debidamente la citación per
practicada, poniendo al pie del recibo otorgado por el de
dado, una nota, firmada por el alguacil, en la cual declar
dicho recibo le fue entregado por el demandado en tal lu
tal hora, del día tal de tal mes y tal año, y así lo entre
secretario del tribunal, quien pone constancia de la fec
la entrega del recibo por el alguacil (Art. 218 C.P.C.).

c) Una declaración del alguacil de que el citado no q
no pudo firmar el recibo de la citación, suple al recibo pr
para la citación personal (Art. 218 C.P.C.).

La nota estampada por el alguacil al pie del recibo de l
ción, o su declaración de haber practicado la citación, c
no se ha obtenido el recibo, constituyen actuaciones pú
judiciales que revisten autenticidad hasta prueba en c
rio y no pueden ser atacadas sino por vía de tacha de
dad, en que declaren los funcionarios que han dado
acto; por tanto, la prueba testifical no es admisible
dichas actuaciones sino en el incidente de tacha y no ai
mente fuera de éste[8].

d) Las atribuciones del alguacil no se limitan a la p
de las citaciones y notificaciones, sino que entre sus d
generales está el de cumplir cualquier orden legítim
nada del juez o del secretario, como lo expresa el artí
de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

e) Si bien las atribuciones del alguacil en materia d
ciones y notificaciones se relacionan directamente con

7. Cfr. Art. 96 LOPJ.
8. Cfr. *Corte Federal y de Casación*, Memoria 1942, Tomo II, p. 128. Cf
Forense, Nº 5, p. 217.

ción jurisdiccional y el alguacil integra el tribunal junto con el juez y el secretario, sin embargo, subjetivamente considerado, el alguacil no constituye un órgano *autónomo,* sino subordinado y auxiliar del juez y del secretario.

Las citaciones las realiza el alguacil por orden del juez, en virtud del sistema de *citación mediata* acogido entre nosotros, y no por instrucciones o encargo directo de las partes, como ocurre en los sistemas procesales, como el italiano y el francés, que acogen el sistema de *citación inmediata.* Sin embargo, la naturaleza de los actos realizados por el alguacil al citar o notificar a una de las partes, es la de *actos judiciales* o del juez, pues el hecho de que la citación la realice el alguacil no desnaturaliza la calidad judicial del acto, toda vez que está ordenado por aquél y corresponde cumplirlo al tribunal y no a las partes o sujetos interesados en el proceso.

Esta calidad judicial del acto de citación, no se desnaturaliza por la facultad que el nuevo código concede al propio actor o a su apoderado para gestionar la citación por medio de cualquier alguacil o notario de la Circunscripción donde tiene su sede el tribunal de la causa, o del lugar donde resida el demandado (Arts. 218 y 345 C.P.C.), pues aun en este caso, el acto sigue siendo un acto judicial ordenado por el juez y la parte sólo gestiona mediante el alguacil o el notario, la realización del acto.

La función que realizan los alguaciles y los notarios al practicar citaciones, no es jurisdiccional, como se ha expresado antes, pues no tienen facultad de decisión. En atención a la fe pública que tienen los actos que realizan ambos funcionarios, el nuevo código ha querido ampliar de este modo y facilitar en lo posible la realización del acto de citación, en beneficio no sólo de la celeridad procesal, sino también de la certeza y seguridad del acto.

f) Finalmente, el alguacil realiza algunas actividades de índole administrtiva y policial; a) Cuida del orden y seguridad del local del tribunal, abriendo y cerrando sus puertas a las horas indicadas en la tablilla y ejerce funciones de policía judicial (Art. 16 L.O.P.J.); b) Cuida de la integridad de los expedientes y agrega y cose en ellos, por orden del secretario, los documentos, actas y diligencias escritas que presenten las partes o dicte el tribunal; c) Expide al correo la correspon-

dencia del tribunal y recibe y solicita la que a éste s
Anuncia los actos del tribunal a las puertas de éste
mente los de posiciones, remates e informes; e) L
atribuciones y deberes que le imponen este código
(Art. 117 C.P.C.).

128. *Nombramiento e incompatibilidad*

Los secretarios y alguaciles son de libre nombram
moción por los jueces, quienes tienen el deber de pa
nombramiento al Consejo de la Judicatura (Art. 91

Aunque por regla general cada tribunal tiene un se
un alguacil, se podrá aumentar el número de ellos,
miento del juez, fundado en necesidad comproba
grafo Segundo, Art. 91 L.O.P.J.).

No exige la ley la condición de abogado para ser
secretario o alguacil. En esta materia rigen las cond
nerales de capacidad: ser mayor de edad y estar
ejercicio de todos los derechos; sin embargo, algu
incompatibilidades para ser juez se extienden tam
chos funcionarios. Así, el cargo de secretario y de
incompatible con el ejercicio de otra función pública
da, con excepción de cargos académicos, asistencia
tes, edilicios o electorales (Art. 123 C.N.). Tampoco
secretario o alguacil de un tribunal, quien esté vincu
juez por parentesco en línea recta o colateral dentr
grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni s
del juez, ni estar ligado a él por adopción (Art. 32

129. *Funcionarios ocasionales del tribunal*

La realización de la justicia mediante la función j
nal, requiere, además de los funcionarios que enc
manentemente el tribunal, la intervención de ot
rácter ocasional, que son realmente auxiliares de l
cuya función en el proceso cesa con el cumplimi
actividad específica a que son llamados por la ley
los asociados, asesores, peritos, prácticos, intérpr
sitarios, tasadores y relatores.

La actividad de estos funcionarios auxiliares de
será estudiada en cada caso, al considerar la inst
rrespondiente en que tienen intervención.

Sin embargo, para concluir este capítulo, dedicaremos algún comentario especial a la figura del relator, por tratarse en este caso de un funcionario que si bien realiza ocasionalmente una actividad auxiliar del juez, cuando éste lo considera necesario, puede el relator, adquirir la condición de funcionario permanente del tribunal, cuando así lo solicita el respectivo juez.
Conforme al Art. 15 letra k) de la Ley Orgánica, el Consejo de la Judicatura está facultado, con el fin de lograr la más efectiva administración de justicia, para crear, temporal o permanentemente, uno o más cargos de relatores en los tribunales unipersonales. Estos cargos deberán ser desempeñados por abogados que quedarán comprendidos, durante el ejercicio de sus funciones, en las mismas incompatibilidades y sujetos a los mismos deberes prescritos para los jueces.

El nuevo código ha prestado especial atención al régimen de los relatores.

La Exposición de Motivos explica que se ha considerado conveniente hacer más permanente dicha institución pasándola al régimen del proceso en las disposiciones del código, antes que dejarla a la sola regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se estima que los relatores están llamados a desempeñar un papel fundamental como auxiliares del juez, pero se ha preferido expresar sus funciones en una forma un tanto general, sin entrar en particularidades que pueden ser definidas más exactamente por la experiencia de la institución. Por ello, el Art. 125 C.P.C. establece solamente, que los relatores prestarán al juez la colaboración que éste determine en la sustanciación y estudio de las causas e incidencias que dicho funcionario les encargue[9].

Sin embargo, permite que puedan ser recusados (Art. 126, C.P.C.); de su recusación conoce el juez de la causa y no paraliza el curso de ésta (Art. 127 C.P.C.), y declarada con lugar la recusación del relator, el juez natural realizará las funciones que le estaban encomendadas al recusado (Art. 128).

La institución de los relatores ha tenido escasa o nula acogida desde su creación en la Ley Orgánica de 1956, no obstante la grandísima importancia que estos funcionarios pueden te-

9. Cfr. Exposición de Motivos, cit. p. 14.